



DANIELA MENDES DO CARMO

# **CONTRATO DE FRANQUIA E INSOLVÊNCIA**

*Estudo sobre os efeitos da insolvência no quadro dos negócios de  
franquia*

Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre  
em Direito, na especialidade de Direito e Gestão

Orientador:

Doutor Miguel Azevedo Moura, Professor da Faculdade de Direito da  
Universidade Nova de Lisboa

julho de 2019

Contrato de Franquia e Insolvência – Estudo sobre os efeitos da insolvência no  
quadro dos negócios de franquia

## **DECLARAÇÃO ANTI-PLÁGIO**

Nos termos do artigo 20.º-A do Regulamento do 2.º Ciclo da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, declaro, sob compromisso de honra, que a dissertação de mestrado seguidamente apresentada é da minha exclusiva autoria, estando toda a utilização de contribuições ou textos alheios devidamente referenciada nos locais adequados.

Lisboa, 02 de julho de 2019

A autora,

*DANIELA MENDES DO CARMO*

*À minha mãe e irmã, bússolas da minha vida*

*Ao João, que sonha todos os meus sonhos*

## AGRADECIMENTOS

*Ao João, por tudo.*

*À minha Mariana, pelo amor.*

*Às minhas companheiras e amigas, Marisa e Patrícia.*

*Ao Doutor Luís Bértolo Rosa, pelas palavras na altura certa e pela vasta contribuição, que tornaram esta tese possível.*

*Ao meu orientador, Doutor e Professor Miguel Azevedo Moura, pela generosa cooperação.*

## MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES

Ao longo do texto as citações apresentadas são feitas, em primeiro lugar, com a referência a um ou dois apelidos do(s) autor(es); nos casos de autores com o mesmo apelido, é mencionada a primeira letra do nome próprio de um dos autores. O nome antecede o título da obra que, em alguns casos, se encontra abreviado. Se aplicável, os tomos e/ou volumes serão seguidamente identificados, antes da menção da(s) página(s). No índice bibliográfico, após cada referência, está indicada entre parêntesis a forma como a obra é citada no corpo do texto.

As citações de monografias, artigos publicados em revistas ou obras coletivas são feitas de acordo com o sistema tradicional português. O apelido é sempre identificado e, se conhecido, também será, pelo menos, o primeiro nome. Em seguida, indica-se a referência completa do título, o local de publicação (monografias), a editora (monografias), e o ano; nos artigos publicados em revistas ou obras coletivas, é igualmente indicada a primeira página da obra.

A presente dissertação segue as regras de ortografia que, em junho de 2019, se encontravam em vigor em Portugal. As transcrições nacionais obedecem à ortografia em vigor à época em que foram escritas. A utilização do latim e de outras línguas estrangeiras é sempre feita em itálico e, quando necessário, traduzidas para o português.

As referências aos diplomas legais dizem respeito às respetivas versões em vigor em julho de 2019, salvo declaração expressa em contrário.

## ABREVIATURAS E ACRÓNIMOS

Ac. – Acórdão

Acs. – Acórdãos

CC – Código Civil, na sua versão em vigor à data da submissão da presente tese

CE – Comunidades Europeias

CEE – Comunidade Económica Europeia

Cfr. – Conforme

CIRE – Código de Insolvência e Recuperação de Empresas, na sua versão em vigor à data da submissão da presente tese

Coord. – Coordenação

CPEREF – Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa de Falência

CPI – Código de Propriedade Industrial, na sua versão em vigor à data da submissão da presente tese

CSC – Código das Sociedades Comerciais, na sua versão em vigor à data da submissão da presente tese

DJ – Direito e Justiça

DL – Decreto Lei

Ed. – Edição

EM – Estados-membros

etc. – *et cætera*

FEF – Federação Europeia de *Franchising*

ICC – *International Chamber of Commerce*

LC – Lei da Concorrência, na sua versão em vigor à data da submissão da presente tese

LCA – Lei de Contrato de Agência, na sua versão em vigor à data da submissão da presente tese

LCCG – Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, na sua versão em vigor à data da submissão da presente tese

n.º - número

P. – Página

pp. - Páginas

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

Séc. - Século

ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UE – União Europeia

Vol. – Volume



### **DECLARAÇÃO DE NÚMERO DE CARATERES**

Declaro que a presente dissertação é constituída, incluindo espaços e notas de rodapé, por um total de 185.741 carateres.

## RESUMO

Pela pertinência, visa-se com a presente dissertação discernir acerca das repercussões que a insolvência comporta no quadro dos contratos de franquia. Para tal, estuda-se o regime jurídico aplicável ao contrato de franquia, de seguida, analisa-se o regime geral dos efeitos da insolvência nos negócios em curso à luz do CIRE, com vista, a refletir-se acerca da inclusão do contrato nas previsões normativas do referido diploma legal. Por fim, discute-se de que forma a insolvência influi na cessação do contrato de franquia, assim como, as consequências daí advenientes.

**Palavras-chave:** Franquia. Insolvência. Efeitos da insolvência nos negócios em curso. Cessação de direitos de propriedade intelectual. Dever de confidencialidade. Obrigação de não concorrência *post pactum finitum*. Indemnização de clientela. Destino das Existências.

## ABSTRACT

Due to its relevance, this dissertation aims to discern about the repercussions of insolvency in franchise agreements. In order to it, its applicable legal regime is studied. It is also analysed the general regime of the insolvency effects in current businesses, according to the CIRE, in order to consider the inclusion of the contract in the legal provisions of the referred legislation. Last, but not least, it's argued the way that insolvency may lead to the termination of the franchise agreement, so as the consequences thereof.

**Keywords:** Franchise. Insolvency. Insolvency effects in current businesses. Termination of intellectual property rights. Non-disclosure obligation. Non-competition obligation *post pactum finitum*. Goodwill compensation. Destination of stocks.

## INTRODUÇÃO

À semelhança do que acontece na generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus, não existe em Portugal, previsão legal específica para o contrato de franquia.

O contrato em estudo, trata-se de um contrato legalmente atípico, todavia, socialmente típico em virtude da frequência com que se celebra no meio empresarial. Dada a manifesta importância no contexto socioeconómico, procura-se com o presente, discernir-se acerca das repercussões que a situação de insolvência de um dos contratantes abarca para o contrato, particularmente, em que termos a insolvência pode levar à cessação do contrato e quais os efeitos daí advenientes.

Por se tratar de um contrato complexo, fruto da multiplicidade do seu conteúdo, num primeiro momento, no Capítulo I, será feita uma análise das primordiais coordenadas do contrato de franquia, com vista, a perceber-se os traços característicos e elementos essenciais do contrato com a intenção de se encontrar uma definição, assim como, de se traçar o regime jurídico a ele aplicável.

De seguida, no Capítulo II, estudam-se os efeitos gerais da insolvência nos negócios em curso, de acordo com os normativos encontrados no CIRE, com o intuito de se perceber em que medida o contrato de franquia encontra aí previsão legal. E, na sua falta, analisa-se a viabilidade de se recorrer ao instituto da analogia, com o que se encontra previsto para o contrato de agência.

Por fim, no Capítulo III, estuda-se em que medida a situação de insolvência de uma das contrapartes, pode desencadear o fim da relação contratual de franquia, bem como, avaliar as suas repercussões na esfera jurídica das mesmas.

## CAPÍTULO I: O CONTRATO DE FRANQUIA

### 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

#### 1.1. Noção de contrato de franquia

A franquia é um contrato legalmente atípico, sem prejuízo da regulamentação comunitária aplicável no quadro do direito da concorrência<sup>1</sup>, sendo, contudo, havido como socialmente típico. Em razão da multiplicidade e heterogeneidade que a caracterizam, não é fácil traçar uma noção estanque, havendo, portanto, várias tentativas de definição na doutrina – algumas que aqui se destacam<sup>2</sup>.

PINTO MONTEIRO define o contrato de franquia como “o contrato pelo qual alguém (franquiador) *autoriza e possibilita* que outrem (franquiado), mediante *contrapartidas*, atue comercialmente (produzindo e/ou vendendo produtos ou serviços), de modo estável, *com a fórmula de sucesso do primeiro* (sinais distintivos, conhecimentos, assistência...) e surja aos olhos do público com a sua *imagem empresarial*, obrigando-se o segundo a actuar nestes termos a respeitar as *indicações* que lhe forem sendo dadas e aceitar o *controlo e fiscalização* a que for sujeito”<sup>3</sup>.

De acordo com a noção de ENGRÁCIA ANTUNES, “o contrato de franquia (“*franchising*”, “*Franchise-Vertrag*”, “*franchise*”, “*franquicia*”) pode ser definido como o contrato pelo qual um empresário – o franquiador – concede a outro empresário – o franquiado – o direito de exploração e fruição da sua imagem empresarial e respetivos

---

<sup>1</sup> A nível comunitário, o Regulamento (CEE) n.º 4087/88 da Comissão de 30 de novembro de 1988, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias do contrato de franquia, Jornal Oficial das Comunidades Europeias n.º L 359 de 28 de dezembro de 1988, pp. 46 a 52, substituído pelo abrangente Regulamento (CE) da Comissão de 22 de dezembro de 1999 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º da CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, Jornal Oficial n.º L 336 de 29 de dezembro de 1999, pp. 21-25; e em vigor, o Regulamento (UE) n.º 330/2010 de 20 de abril de 2010 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.

A nível nacional, a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio alterada pela Lei n.º 23/2018 de 5 de junho (artigo 9.º relativo a acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas).

<sup>2</sup> Considere-se, ainda, a definição de franquia e de acordo de franquia presente nas alíneas a) e b), do n.º 3 do artigo 1.º do Regulamento (CEE) n.º 4087/88 da Comissão. Assim como, a definição avançada pelo Código Europeu de Deontologia, ainda que não constitua um instrumento jurídico propriamente dito, surge como um código de bons costumes e de boa conduta para os praticantes de *franchising*, construído pela FEF e de vários EM com a colaboração da Comissão das Comunidades Europeias.

<sup>3</sup> PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 123.

bens imateriais de suporte (morfente, a marca), no âmbito da rede de distribuição integrada do primeiro, de forma estável e a troco de retribuição”<sup>4</sup>.

Por sua vez, MENEZES CORDEIRO qualifica o contrato de franquia (*franchising*) como o contrato pelo qual uma pessoa – o franqueador – concede a outra – o franqueado – a utilização, dentro de certa área, cumulativamente ou não, de marcas, nomes, insígnias comerciais, patentes, técnicas empresariais ou processos de fabrico, assistência, acompanhamento e determinados serviços, mercadorias, entre outros bens com a finalidade da sua distribuição, mediante contrapartidas pecuniárias<sup>5</sup>.

Pelo exposto, apontam-se duas figuras preponderantes no estabelecimento da relação contratual em estudo – o franqueador e o franqueado<sup>6</sup>. Aquele primeiro é tido como o “criador de uma fórmula empresarial de sucesso que aparece identificada com os seus sinais distintivos de comércio, nomeadamente, a marca”<sup>7</sup>. Para este, o contrato em causa traduz-se numa técnica de expansão empresarial e um meio de exploração da fórmula bem-sucedida por si criada. Por sua vez, por franqueado entende-se o beneficiário do “património de conhecimentos” transmitido pelo franqueador, cujo propósito é a reprodução do sucesso comercial que a fórmula proporciona<sup>8</sup>.

### 1.2. Raízes históricas

O contrato de franquia surgiu nos finais do séc. XIX em solo norte-americano, mas foi a partir da década de 20 do séc. XX que se proliferou (após o *crash* de 1929), sobretudo em setores como o do petróleo, dos automóveis e, primordialmente, no setor dos refrigerantes, nos termos do qual se encontra o exemplo da rede multinacional de franquias *Coca-Cola*.

---

<sup>4</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, *Contratos Comerciais*, p. 452.

<sup>5</sup> *Vide*, MENEZES CORDEIRO, “*Autonomia versus Tipicidade Negocial*”, p. 67; e do mesmo autor, *Direito Comercial*, pp. 774 e 804.

<sup>6</sup> Na esteira do Regulamento (CEE) n.º 4087/88, adota-se, no presente estudo, a terminologia de franqueado e franqueador.

<sup>7</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 15.

<sup>8</sup> Cfr. ALBERTO RIBEIRO DE ALMEIDA, “*Direitos de Propriedade Industrial e Intelectual no Contrato de Franquia*”, p. 552 e PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 120.

O referido contrato alcançou o seu período hegemónico nos anos 50, nos setores das cadeias de *fast food* (*McDonald's* ou *Kentucky Fried Chicken*). Chegaria posteriormente à Europa, já no início dos anos 70, sendo que apenas uma década depois se expandiu verdadeiramente entre nós. Importa clarificar que não houve lugar a uma pura transcrição daquele modelo americano, sendo que a franquia europeia apresenta especificidades da realidade em que é celebrada<sup>9</sup>.

Está inerente ao termo “*franchise*” uma ideia de concessão de um privilégio que se parece traduzir na ideia de que o produtor tem um efetivo direito de comercialização dos bens produzidos – a designada “prerrogativa soberana”. Ainda assim, dispõe, igualmente, do direito de conceder a outrem o privilégio da venda dos produtos<sup>10</sup>.

A presente ferramenta contratual revelou-se um meio de crescimento veloz e eficaz de uma cadeia económica, constituindo um verdadeiro fenómeno que acompanha e permite a globalização de uma empresa. O seu sucesso e eficácia devem-se às vantagens inerentes da sua celebração para as partes, consumidores e mercado em geral.

Nos primórdios do contrato de franquia, este assentava na concessão, pelo franqueador, de uma autorização para uso da marca, patentes ou outros benefícios (dos quais aquele era detentor) ao franqueado. Devido a uma inevitável evolução, o contrato de franquia condensou aspetos relacionados com a distribuição, nomeadamente, a angariação de clientes, a distribuição de bens e serviços efetiva, entre outros aspetos, que o tornaram numa figura bastante próxima dos restantes contratos de distribuição, nomeadamente, de agência e gestão, configurando uma importante ferramenta de distribuição comercial<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p.13; PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 120; MARIA DE FATIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, pp. 13-14.

<sup>10</sup> MENEZES CORDEIRO, “*Autonomia versus Tipicidade Negocial*”, p. 66-7; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, p.13

<sup>11</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, pp. 774-775 e 805-806.

### 1.3. O contrato de franquia como contrato de distribuição

De acordo com a generalidade da doutrina, o contrato de franquia insere-se na categoria de contratos comerciais em especial, sendo mormente categorizado como um contrato de distribuição comercial. No ramo jurídico do Direito Comercial, que versa a sua disciplina sobre a empresa, os contratos mercantis assumem uma importância vital para o mesmo, uma vez que representam a mais importante ferramenta jurídica que determina a constituição, organização e exercício da atividade comercial. Assim sendo, é de destacar aquela função – económico-social – por eles desempenhada em sede de organização e circulação de fluxo de bens e serviços<sup>12</sup>.

De facto, qualquer economia moderna assenta na divisão de funções e de tarefas. O sistema económico atual é caracterizado pela autonomização da fase de distribuição face à fase de produção. Com a revolução industrial e inerente crescimento da economia, particularizado pelo modelo de produção em série (expansão do comércio), verificou-se, consequentemente, uma maior dificuldade de escoamento de produtos, revelando impreterível a separação das diferentes fases que compõem a economia mercantil. Assim, o produtor delegou a tarefa da distribuição a determinados sujeitos, devidamente dotados de conhecimentos técnicos para o efeito, incumbindo-os da responsabilidade de fazer chegar ao consumidor os produtos, produzidos por determinado fabricante. Consideradas aquelas notas essenciais, o *franchising* assume-se como o meio mais idóneo à concretização da política de integração vertical, que por sua vez implica a dita separação de funções numa cadeia de produção – a chamada distribuição indireta<sup>13</sup>.

Indubitavelmente, a função distributiva da franquia é a mais apontada pela doutrina. Ainda assim, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO conclui que é precipitada a inclusão dos contratos de franquia na categoria de contratos de distribuição, visto que,

---

<sup>12</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, *Contratos Comerciais*, p. 20; PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 23.

<sup>13</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, p. 770; PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 43. A distribuição indireta diz respeito à situação em que o produtor se dedica, de forma exclusiva, à produção de produtos, delegando a tarefa da distribuição a empresários ou sujeitos especializados, nas palavras de ENGRÁCIA ANTUNES “empresários ou intermediários autónomos especializados” de como são exemplo – os transportadores, armazenistas, comissários, mediadores, agentes, concessionários, franquidores, grossistas, retalhistas, entre outros. Com efeito, os contratos de distribuição inserem-se, no âmbito da distribuição indireta – em *Contratos Comerciais*, p. 436.

analisando a sua evolução, o contrato de franquia começou por ser um instrumento de difusão da marca, no sentido de retirar proveito da notoriedade conquistada, sendo que, apenas mais tarde se começou a celebrar com o objetivo de distribuição de bens produzidos pelo franqueador. Segundo a Autora, o contrato de franquia só poderá ser categorizado como contrato de distribuição quando seja celebrado um contrato de franquia de distribuição e haja efetivo fornecimento de mercadorias pelo franqueador ao franqueado – “o que adianta-se, não é essencial a tal contrato” – dado que existe franquia sem a componente distributiva dos contratos de distribuição comercial<sup>14</sup>.

Os contratos de distribuição comercial podem figurar-se em contratos típicos ou atípicos, que disciplinam as relações jurídicas entre o produtor e o distribuidor *lato sensu* com vista à comercialização dos bens e serviços do primeiro. Interessa aqui a atividade de intermediação, que é instrumental e preparatória da subsequente transmissão ao consumidor propriamente dito<sup>15</sup>. Não obstante assumam especial relevância em sede de distribuição, não se reduz ao mesmo, pelo facto de compreender elementos que o tornam único e singular, mormente, a transmissão de *saber-fazer*, concessão de assistência técnica, entre outros, com o propósito da repercussão dos benefícios adquiridos mediante a utilização da técnica empresarial que traz sublimes vantagens para os contratantes – como se vê adiante, neste estudo<sup>16</sup>.

Tendo em conta o panorama atual da sociedade de consumo e da circulação dos consumidores, o contrato de franquia, enquanto esquema contratual, destaca-se pela sua eficácia na constituição de redes mundiais de oferta de bens e serviços, devidamente promovidos e publicitados, oferecendo garantias de qualidade e de segurança, recorrendo, para o efeito, a entidades independentes de menor dimensão, que garantem com maior eficácia a oferta de bens e serviços, numa determinada área geográfica, adaptando-a ao público alvo a que se destinam os bens ou serviços<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, pp. 18-19, 29 e 44-45.

<sup>15</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, *Contratos Comerciais*, p. 435.

<sup>16</sup> No mesmo sentido, PINTO MONTEIRO, «Mas o “*franchising*” não se reduz a uma simples técnica de distribuição de bens, pese embora o relevo que assume como contrato de distribuição» – em *Contratos de Distribuição*, p. 120.

<sup>17</sup> MENEZES CORDEIRO, “*Autonomia versus Tipicidade Legal*”, p. 74.



#### 1.4. Modalidades de franquia

O contrato de franquia apresenta uma definição bastante ampla, resultante da própria flexibilidade que o caracteriza. O TJCE e a Comissão, através do Regulamento (CEE) n.º 4087/88, procederam à diferenciação de três modalidades que a franquia pode assumir, nomeadamente – franquia de distribuição, franquia de serviços e franquia de produção ou industrial.

A franquia de distribuição assenta na concessão de uma autorização do franqueador ao franqueado, permitindo que este último possa exercer uma função de intermediário na relação de consumo, procedendo à distribuição dos produtos num estabelecimento próprio e sob as diretrizes, controlo e imagem comercial do franqueador (nome e insígnia). Exemplo de uma franquia de distribuição é o caso versado pela decisão da Comissão de 17 de dezembro de 1986, relativo à empresa *Pronupcia de Paris*, que se dedica à venda de artigos de noiva.

A franquia de produção coaduna-se no esquema empresarial no qual a concessão incide sobre a autorização para produção de bens, pelo que, o franqueado tem a função primordial de fabrico de bens. De facto, com a aproximação efetiva do local de produção do ponto de venda, esta modalidade é, recorrentemente, utilizada nos contratos de franquia internacionais, por não ser exequível, a nível de custos, o transporte dos produtos, ausentando-se o detentor da fórmula de sucesso de investimentos. Na franquia de produção são acordadas, simultaneamente, uma licença de marca e uma licença de *saber-fazer* ou de patente que permite ao franqueado a produção dos bens. Exemplos de franquia de produção são os casos da *Coca-cola* e *Pepsi-cola*.

Por sua vez, na franquia de serviços, o franqueado presta serviços sob a imagem comercial do franqueador, utilizando o *saber-fazer* desenvolvido pelo franqueador, seguindo as suas orientações. Nesta modalidade, o franqueador desenvolve uma fórmula de prestação de serviços que transmite ao franqueado, que

a irá reproduzir sob a imagem comercial do primeiro, de como é exemplo a cadeia de hotelaria *Holiday Inn*<sup>18</sup>.

O contrato de franquia, como se tem visto, é o caso típico de uma franquia direta, em que há celebração de um contrato entre o franqueador e o franqueado que se obriga, contratualmente, a prestar um serviço, a produzir bens ou a distribuir bens produzidos pelo franqueador ou por terceiros indicados por este. No entanto, existem outros sistemas de franquia, designadamente – o *multifranchising*, *plurifranchising*, *franchising-corner*, assim como sistemas de franquia para o caso dos contratos de franquia internacionais<sup>19</sup>.

## 2. REGIME JURÍDICO

À semelhança da generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus, não existe em Portugal uma regulamentação própria para o contrato de franquia. Destarte, o contrato de franquia é um contrato atípico, dado que carece de previsão legal própria. Assim sendo – “dada a atipicidade legal caracterizadora de grande parte destes contratos, afigura-se que o seu regime jurídico relevará, em primeira linha, da autonomia privada das próprias partes contratantes, constituindo os direitos e obrigações contratualmente acordados”<sup>20</sup>.

Atendendo aos elementos já supramencionados, verifica-se que o regime jurídico do contrato de franquia, em primeira linha, se apura pelas estipulações contratuais aquando da celebração do contrato que deu origem à relação contratual

---

<sup>18</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, pp. 28-29; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, pp. 212-215.

<sup>19</sup> *Vide*, nesta matéria, PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, pp. 20-21.

<sup>20</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, *Contratos Comerciais*, p. 438; *Vide* a este respeito - MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, pp. 555-556 - No direito comercial dos contratos, enquanto ramo do direito privado, vigoram, predominantemente, princípios comuns, em especial, o princípio da autonomia privada, genericamente consagrada no artigo 405.º, n.º 1 do CC. Assim sendo, as partes gozam de autonomia para celebrar os contratos que melhor lhes convier. Podendo optar pela celebração de um contrato segundo um tipo previsto na lei; optar por um tipo social que, apesar de desprovido de previsão legal específica esteja consagrado pelo usos e pela prática comercial; optar pela adoção de um modelo estrangeiro tipificado ou decorrente da prática comercial; podem ainda - associar regras provenientes de dois ou mais tipos legais ou sociais num mesmo contrato; ou inserir a cláusulas inteiramente típicas, outras que o sejam inteiramente novas e criar novas figuras contratuais. Com efeito, existe um número ilimitado de figuras contratuais possíveis em sede de atos comerciais, “vigora um postulado de *numerus apertus*”.

em apreço. Em segunda linha, no que as partes não previrem, recorre-se aos normativos que regulam a lei civil, entre os quais se salienta os relativos ao negócio jurídico dos artigos 217.º e seguintes do CC, principalmente, nas questões relacionadas com a formação do contrato, capacidade das partes, idoneidade do objeto, bem como nas questões relacionadas com o cumprimento do referido. Saliente-se que vigoram, neste regime, os princípios gerais que norteiam o negócio jurídico, nomeadamente o princípio da boa fé, que deve manifestar-se desde o nascimento até à cessação do contrato – artigo 762.º do CC.

Demonstram-se, ainda, residualmente pertinentes, outras fontes legais, de como é exemplo a legislação respeitante ao regime das cláusulas contratuais gerais - DL n.º 446/85, de 25 de outubro, substituída pelo DL n.º 323/2001, de 17 de dezembro (doravante LCCG), atualmente em vigor, pelo que, é muito comum a existência de contratos de adesão nas redes de franquia, com a finalidade de uniformização das condições contratuais para todos os sujeitos integrantes da mesma. Podem ainda ser pertinentes, no âmbito setorial determinados diplomas comunitários – a Lei da Concorrência n.º 23/2018, de 5 de junho (doravante LC), o Regulamento da Autoridade da Concorrência n.º 9/2005, de 3 de fevereiro, Regulamento (UE) n.º 330/2010, de 20 de abril), dada a suscetibilidade para a restrição da concorrência (regras *jus* concorrenciais). Tendo em conta as especificidades do contrato, revela-se, ainda, fundamental o respeito pelas regras respeitantes à propriedade industrial (regras *jus* industriais). Na hipótese de o franqueador ser responsabilizado em sede de responsabilidade do produtor torna-se essencial a aplicação do disposto no DL n.º 383/89 de 6 de novembro. Também as regras *jus* comerciais e *jus* insolvenciais assumem impreterível relevância no caso em estudo. Com efeito, tem sido defendido pela

jurisprudência<sup>21</sup>, tal como constitui hoje doutrina dominante<sup>22</sup>, a extensão analógica dos normativos legais que regulam o contrato de agência aos contratos de concessão e de franquia. Considera-se que é o contrato típico mais próximo do contrato de franquia, dada a existência de uma “proximidade funcional” entre o contrato de agência e o contrato de concessão e de franquia, tendo em conta as notas comuns entre os mesmos: “A *colaboração* entre as partes; a *relação duradoura* que estabelecem; a *integração* na rede; a *obediência* às *instruções* e *diretrizes* do dono do negócio; o *controlo* a que os distribuidores se submetem; e a *obrigação de zelar* pelos interesses do dono do negócio e de *promover* a distribuição dos seus bens e da sua *marca*”<sup>23</sup>. MENEZES CORDEIRO expõe que os artigos 24º a 36º do DL n.º 178/86, de 3 de julho (doravante LCA) contêm o regime paradigmático das obrigações duradouras.<sup>24</sup>

No que diz respeito à franquia, o Autor enuncia que “dependendo do tipo de franquia, haverá que procurar, no campo da agência, regras aplicáveis, diretamente ou por analogia”<sup>25</sup>. Nos ordenamentos jurídicos estrangeiros é, também, a aplicação analógica a solução adotada<sup>26</sup>. Em suma, fruto da sua própria previsão legal (como se lê no Preâmbulo n.º 4, *in fine* do referido diploma legal), o contrato de agência consubstancia o “contrato-matriz” dos respetivos contratos de distribuição<sup>27</sup>.

---

<sup>21</sup> Vide, nesta medida, Ac. da TRP de 06.10.1992: CJ, ano XVII, tomo IV, p. 250, que adota a posição de que há aplicação analógica do contrato de agência “a todos os contratos que revistam tal natureza cooperativa ou colaborante”, ou “aos contratos de gestão em geral” como estabelece o Ac. da TRL de 07.10.1993: CJ, ano XVIII, tomo IV, p. 135, em PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, pp. 69-70, notas 125 e 126. Vide ainda, os Acs. – do STJ de 29.04.2003 (Lopes Pinto), Proc. 03A1035; Ac. do STJ de 09.01.2007 (Sebastião Póvoas), Proc. 06A4416; Ac. da TRL de 16.12.2008 (Isabel Salgado), Proc. 8139/2008-7; Ac. do STJ de 23-02-2010 (Sebastião Póvoas), Proc. 589/06.OTVPRT.P1; Ac. do STJ de 25-01-2011 (Garcia Calejo), Proc. 6350/06.5TVLSB.P1.S1; Ac. do STJ 15-12-2011 (Álvaro Rodrigues), Proc. 1807/08.6TVLSB.L1.S1; Ac. do TRP de 08-02-2018 (Carlos Portela), Proc. 4133/16.3T8VNG.P1.

<sup>22</sup> PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 66, visão partilhada por MENEZES CORDEIRO em *Direito Comercial*, p. 775; ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, p. 490; e CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, pp. 157 e ss.

<sup>23</sup> PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição*, p. 68.

<sup>24</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, p. 787.

<sup>25</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, p. 811.

<sup>26</sup> A respeito de doutrina estrangeira, vide em PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 67, nota 118.

<sup>27</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, p. 775.

O contrato de agência encontra regulação legal na LCA, com as alterações introduzidas pelo DL n.º 118/93 de 13 de abril, que transpôs a Diretiva 86/653/CEE, do Conselho, de 18 de dezembro de 1986<sup>28</sup>.

Para se proceder à aplicação analógica do disposto para o contrato de agência ao contrato de franquia, para além da evidente ponderação das notas comuns que os articulam, deve proceder-se a uma análise da *ratio* da norma, a fim de averiguar a adequação da mesma ao contrato em causa. Surgem imperativos de adequação, obrigando a uma ponderação de se aquela *ratio legis* é compatível com as especificidades do contrato em causa<sup>29</sup>.

Em suma, relativamente ao regime jurídico aplicável ao contrato de franquia, em tudo o que não tenha sido convencionado, valem as regras gerais dos contratos. Para mais, em virtude da heterogeneidade de conteúdos contratuais que o mesmo pode apresentar, vigoram as mais diversas disposições legislativas, pertinentes em sede de cada contrato, atendendo às particularidades do mesmo. Portanto, “a pluralidade dos contratos de distribuição reclama um regime também plural”<sup>30</sup>. Não obstante, naquilo que seja possível de ser resolvido por um único regime jurídico, a LCA é, analogicamente, aplicável aos restantes contratos de distribuição comercial, podendo assim ser designado como um regime paradigmático, e, portanto, aplicável ao contrato de franquia.

### 3. CONTEÚDO DO CONTRATO

Como refere ENGRÁCIA ANTUNES, o contrato de franquia é o contrato mais relevante, complexo e heterógeno dos contratos de distribuição<sup>31</sup>. Não obstante, ter como fim último a promoção de negócios, como qualquer contrato de distribuição, este engloba um conjunto de aspetos que o tornam num contrato

---

<sup>28</sup> Visou a uniformização dos EM, em matéria de distribuição mercantil.

<sup>29</sup> PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 68.

<sup>30</sup> PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 70.

<sup>31</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, *Contratos Comerciais*, p. 452.

singular, munido de uma riqueza extrema, extravasando largamente a distribuição propriamente dita.

O contrato de franquia pode, facilmente, ser associado a outras figuras contratuais, com as quais possa deter elementos comuns – por exemplo, a licença de exploração de marca, o contrato de concessão comercial, o contrato de licença de *saber-fazer*, o contrato de agência, o contrato de trabalho e o contrato de sociedade. Pode, ainda, ter características similares aos contratos de cooperação interempresarial e de representação. No entanto – é certo – constitui uma “fórmula autónoma”, dado que, de entre outros aspetos, permite a criação de empresários em alternativa aos tradicionais trabalhadores dependentes<sup>32</sup>.

### 3.1. Benefícios emergentes da celebração do contrato

O contrato de franquia acresce riqueza para ambos os contratantes, atendendo às vantagens que resultam da sua celebração.

A empresa franqueadora obtém como benefício primordial o facto de permitir que a sua marca e imagem comercial se implantem em outras áreas geográficas sem a obrigação de suportar os riscos do “gigantismo comercial”<sup>33</sup>, caracterizado por enormes custos de organização, que compreendem, entre outros, custos de administração, problemas inerentes à sua implantação em novos ordenamentos jurídicos ou obstáculos no controlo da atividade à distância. O franqueador contrata assim com outra empresa, que passa a explorar a marca, a técnica ou o nome comercial da empresa franqueadora, mediante contraprestação pecuniária<sup>34</sup>. Outro valioso benefício resultante da celebração do contrato diz respeito à transferência do risco comercial para a esfera jurídica do franqueado<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Vide, PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, pp. 51-62; ROMANO MARTINEZ, *Contratos em Especial*, p. 315.

<sup>33</sup> ROMANO MARTINEZ, *Contratos em Especial*, p. 317; ROMANO MARTINEZ, *Contratos Comerciais*, p. 23.

<sup>34</sup> ROMANO MARTINEZ, *Contratos Comerciais*, p. 22.

<sup>35</sup> MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, p. 21.

Em suma, o criador da fórmula de sucesso, com a celebração do contrato de franquia, para além de ver aberta a possibilidade de delegar em outrem a função da distribuição, evitando assim os custos de uma sucursal, ainda vê aberta a possibilidade de expandir o seu negócio para outras áreas geográficas, áreas estas em que, entrando por sua conta, poderia ter de enfrentar obstáculos de várias ordens<sup>36</sup>.

Por seu turno, o franqueado adquire, com a celebração do contrato, a possibilidade de ser empresário, ao invés de empregado. Com o acesso à fórmula de sucesso do franqueador e inerentes sinais distintivos, adquire, desde logo, particular notoriedade, que se traduzirá em clientela atraída pelos sinais distintivos. Para além disto, adquire uma forte base de apoio à sua atividade devido ao *cocktail* de conhecimentos e experiência transmitida, assim como a assistência do franqueador, o que indubitavelmente se traduzirá numa grande vantagem concorrencial em relação aos demais concorrentes do mercado (concorrentes não franqueados). O *cocktail* de conhecimentos transmitido compreende técnicas de otimização de vendas, estudos de mercado, técnicas de *marketing* e publicidade, entre outros aspetos que colocam o franqueado numa posição privilegiada face aos demais concorrentes. Assim sendo, com a celebração do contrato o franqueado revela maior capacidade de obtenção de créditos; maior capacidade de celebrar contratos com colaboradores de notável renome no mercado, tal como, fruir de pontos de venda em locais privilegiados de comércio. Por tudo isto, conclui-se que o franqueado adquire largos benefícios com a celebração do contrato, que o coloca numa situação de menor risco comparativamente ao risco que assumiria se entrasse sozinho num determinado segmento de mercado<sup>37</sup>.

### 3.2. Direitos e obrigações emergentes do contrato

O conteúdo do contrato de franquia condensa-se num conjunto de direitos e obrigações, mais ou menos vasto, consoante o acordado em sede de contrato, que

---

<sup>36</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 15

<sup>37</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 16; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, pp. 21-24.

uma vez fixados, permitem concluir que foi celebrado um contrato de franquia. Existem, efetivamente, cláusulas ditas essenciais e outras cláusulas não essenciais<sup>38</sup>.

Como já foi mencionado, a autonomia privada – manifestada no artigo 405.º do CC – encontra-se de tal modo envolvida no contrato de franquia, que é a partir das cláusulas integrantes do contrato que se consegue apurar o alcance dos direitos e das obrigações inerentes a cada uma das partes. Todavia, por se tratar de um contrato socialmente típico, é possível apurar-se algumas cláusulas comumente utilizadas no contrato.

No que ao franqueador diz respeito, recai sobre ele a obrigação de facultar ao franqueado o uso da marca, insígnia ou designação comercial na comercialização de serviços, produtos por ele adquiridos ou fabricados; o dever de auxiliar o franqueado no lançamento e na manutenção de certa atividade empresarial, concedendo-lhe os conhecimentos necessários para uma boa execução comercial, bem como as técnicas ou os processos de que faz uso na sua “fórmula de sucesso” – isto é, a transmissão de *saber-fazer* empresarial. Deve ainda fornecer os bens que o franqueador irá distribuir e conceder-lhe assistência técnica.

Relativamente aos direitos adquiridos com a celebração do contrato, o franqueador tem direito a uma retribuição, adquire poderes de controlo e fiscalização da atividade desenvolvida pelo franqueado, assim como, detém poderes decisórios no âmbito da cessão da posição contratual e da renovação do contrato<sup>39</sup>.

No que concerne ao franqueado, surge na sua esfera jurídica a obrigação de utilização dos sinais distintivos e do *saber-fazer* na execução do contrato respeitando as diretrizes estabelecidas pelo contrato, resultando para ele o dever de desenvolver a atividade-objeto do contrato. Fica, ainda, obrigado ao pagamento de uma contraprestação (entrada inicial fixa – *initial fee*) e a uma renda anual proporcional conforme o volume de negócios (*royalties*) havendo possibilidade de ser estipulado um

---

<sup>38</sup> MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, p. 157.

<sup>39</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, pp. 808 e 809.



esquema diferente, sem prejuízo do dever de suportar o controlo e fiscalização por parte do franqueador<sup>40</sup>.

São ainda apostas com bastante regularidade diversas cláusulas, nomeadamente cláusulas de localização (lançamento da atividade dentro de certa circunscrição territorial); cláusulas de proibição de venda a revendedores exteriores à rede de franquia; cláusulas de confidencialidade quanto aos conhecimentos transmitidos; cláusulas de comparticipação em despesas de publicidade; outras cláusulas de publicidade; cláusula de obrigação de comunicação de melhoramentos introduzidos no *saber-fazer* e proibição da cessão de posição contratual sem a devida autorização – que constituem obrigações necessariamente decorrentes do conteúdo essencial do contrato. Para além destas, podem ainda ser acordadas outras estipulações, de que são exemplo: cláusula de exclusividade territorial; obrigação de prestação de assistência contabilística e financeira; obrigação de reacquisição de existências, indemnização de clientela, cláusulas de não concorrência, obrigação de abastecimento exclusivo, fixação de existências mínimas, quotas mínimas de vendas, fixação de preços de venda que dizem respeito às obrigações de conteúdo não essencial<sup>41</sup>.

Ao nível de direitos, o franqueado tem acesso aos sinais distintivos da empresa franqueadora, tendo também direito à utilização de conhecimentos técnicos empresariais ou modos de fabrico (*saber-fazer*) e ao auxílio, pelo franqueador, no lançamento, manutenção e desenvolvimento da sua atividade, bem como aos fornecimentos acordados<sup>42</sup>.

Conclui-se que o contrato de franquia é uma mais-valia socioeconómica para os contratantes. Da sua celebração emerge, sem margem para dúvidas, uma motivação extra aos intervenientes para cumprirem pontualmente as obrigações emergentes do contrato. Com o seu cumprimento pontual e obtenção dos resultados esperados desta sinergia, a marca adquire cada vez mais notoriedade, o que resulta na sua expansão económica, através da integração de entidades de pequena dimensão, independentes,

---

<sup>40</sup> MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, pp. 181 e 184.

<sup>41</sup> MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, pp. 194-211.

<sup>42</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, pp. 809 e 810.

mas, que devidamente integradas numa rede de franquia, revelam excelentes possibilidades de obtenção de sucesso no mercado – conferindo assim reais possibilidades a estas pequenas e médias empresas de competir no mercado ao lado de grandes empresas e, assim, resistirem ao processo de concentração geral<sup>43</sup>.

## 4. TRAÇOS CARACTERÍSTICOS E ELEMENTOS ESSENCIAIS

### 4.1. Traços característicos

Nesta secção, procura-se destacar algumas das principais características, assim como elementos essenciais que compõem o contrato de franquia e o tornam num contrato tão singular.

Como se sabe, o contrato de franquia é um contrato atípico. Não obstante, é um contrato socialmente típico, visto que, apesar da inexistência de previsão legal própria, o contrato de franquia é, recorrentemente, usado na prática comercial, assumindo uma importância fundamental nesse âmbito.

Discute-se na doutrina se o acordo de franquia é misto. Para que seja qualificado como um contrato misto, teriam de lhe ser reconhecidas características de dois ou mais contratos legalmente tipificados. Todavia, ainda que o contrato de franquia apresente elementos dos contratos de licença de exploração de sinais distintivos, contratos de comunicação de *saber-fazer*, de assistência técnica e até de gestão de interesses alheios, não se esgota neles, pelo que, não poderá ser qualificado como um contrato misto<sup>44</sup>.

A independência jurídica do franqueado é outro dos aspetos marcadamente característicos do contrato em questão. O franqueado exerce a atividade objeto de contrato por sua conta e em nome próprio. Em virtude desta atuação assume o risco da comercialização.

---

<sup>43</sup> ALBRECHT SCHULZ, *In Franchising in Europe* (coord. Por M. MENDELSON), Londres, 1992, p.133 *apud* PESTANA DE VASCONCELOS, p. 17, nota 14.

<sup>44</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, “*Autonomia versus Tipicidade Negocial*”, p. 75; HELENA MAGALHÃES BOLINA, “*O direito à indemnização de clientela no contrato de franquia*”, p. 213;

Apesar da autonomia e independência caracterizadora dos contratos de franquia, eles são comumente categorizados como contratos de dependência. Integram-se nos designados contratos relacionais (*“relational contracts”* falados na doutrina anglo-americana), que são nuclearmente constituídos por relações duradouras, estáveis e com elevado grau de colaboração entre as partes contratantes. Mas, também, porque normalmente a atividade do franqueado se resume à atividade objeto do contrato, no âmbito da qual se sujeita à fiscalização e ao acatamento das instruções do franqueador<sup>45</sup>.

Por ser inerente à franquia uma intensa relação de colaboração, aponta-se comumente o seu carácter marcadamente *intuitu personae* (a celebração do contrato depende das características intrínsecas dos envolvidos). A relação que se estabelece entre os contratantes é, necessariamente, uma relação de confiança, tendo em conta que é uma relação tendencialmente duradoura, estável, em que há transmissão de uma “fórmula de sucesso” que ditou o êxito da empresa franqueadora e que lhe permitiu construir uma imagem de marca com forte reputação no mercado. A fórmula de sucesso compreende, antes de mais, a transmissão do saber-fazer, a concessão de uma licença de uso da marca, e/ou eventualmente, de outros sinais distintivos de comércio, criando no público a crença de que o franqueado integra a empresa do franqueador ou que é uma sucursal da mesma. Desta forma, o contrato de franquia é, atendendo ao seu conteúdo e finalidade, um contrato fiduciário<sup>46</sup>.

Com efeito, na escolha do franqueado, o franqueador assegura-se de que está a contratar com uma pessoa bem qualificada para desempenhar a atividade objeto de contrato e integrar a rede de franquia, através de um cuidadoso processo de seleção. Em suma, trata-se de um contrato em que importam, de facto, as qualidades pessoais e/ou societárias dos contraentes, mormente, do franqueado.

---

<sup>45</sup> Cfr. PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 49; CARLOS OLAVO, “O Contrato de Franchising”, pp. 168-169 “...embora as partes sejam autónomas no plano jurídico e independentes no plano económico, não estão, em termos substanciais, em pé de igualdade. Com efeito, o licenciador, enquanto titular da ideia empresarial em que o licenciado se integra, parte de uma posição económica de vantagem relativamente a este.”

<sup>46</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 64.

Por tudo o que foi dito, percebe-se a importância do instituto da boa fé que rege as relações de franquia desde o seu estado embrionário até ao período pós-contratual, no seio das relações de franquia<sup>47</sup>.

Outro aspeto a considerar prende-se com o facto de, nos contratos de franquia, se recorrer, com regularidade a cláusulas contratuais gerais na formulação dos mesmos – sendo, por isso, contratos de adesão. O poder de formulação do conteúdo do contrato cabe, na generalidade das vezes, unilateralmente, ao franqueador, que impõe as condições que regulam a relação entre as partes (nesta medida, há quem defenda que se torna impreterível a tutela da parte com posição contratual mais débil – o franqueado). Apesar de apresentar como consequência a “supressão da determinação bilateral do conteúdo do contrato”, o facto de se recorrer com frequência a cláusulas contratuais gerais na formação do conteúdo contratual é de elevada pertinência quando estamos perante redes de franquia – dado que garante condições igualitárias e evita casos discriminatórios entre os integrantes da rede de franquia<sup>48</sup>.

Importa mencionar que o contrato de franquia se apresenta como um contrato-quadro do qual emerge a relação obrigacional complexa que se expõe. É então um contrato que funda uma relação estável de conteúdo múltiplo (relação jurídica de execução continuada) cuja execução implica a celebração de múltiplos contratos que concretizam o programa do “contrato-mãe” e é fonte de um conjunto de direitos e obrigações decorrentes da sua celebração<sup>49</sup>.

Por último, mas não menos importante, é característica do contrato a onerosidade. O franqueado fica vinculado ao pagamento de prestações pecuniárias que se coadunam numa entrada inicial fixa (“*front money*”; “*droit d’entrée*”; “*initial fee*”) e renda anual consoante o volume de negócios (*royalties*). À prestação inicial diz-se corresponder a contrapartida do franqueado pela licença de marca e logótipo, a transmissão do *saber-fazer*, a assistência inicial prestada, isto é, tudo quanto necessário

---

<sup>47</sup> PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, p. 401

<sup>48</sup> MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, p. 64.

<sup>49</sup> Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, p. 78; ROMANO MARTINEZ, *Contratos em Especial*, p. 321.

para a sua integração na rede e para a alavancagem da sua atividade comercial. Por sua vez, as prestações periódicas são, por norma, pagas de forma proporcional ao volume de negócios realizado.

Todavia, nada obsta a que as partes não optem pela referida modalidade dualista de pagamento e acordem outra modalidade de retribuição, de como é exemplo o acordo entre as partes no sentido de incorporar a remuneração do franqueador no preço dos bens que fornece. São frequentes na Europa, os casos em que se prescinde do “*front money*”, sendo que, nos EUA, por norma, se prescinde das “*royalties*”<sup>50</sup>.

### 4.2. Elementos essenciais

Após a análise, das características gerais do contrato em estudo, torna-se pertinente dissecar os elementos essenciais que compõem a relação contratual em estudo.

Como já referido, no contrato de franquia, concede-se uma ou um conjunto de licenças<sup>51</sup> de exploração de direitos de propriedade industrial, máxime, a marca.<sup>52</sup>

Os sinais distintivos da empresa franqueadora constituem um elemento fulcral na celebração do negócio em causa, isto porque criam valor para a empresa que com eles celebra negócios de franquia – de facto, é em resultado da fruição da imagem empresarial que, em primeira linha, se atrairá clientela para o estabelecimento do franqueado, dado que, a marca satisfaz as necessidades de segurança dos consumidores. De forma geral, o objeto do contrato é a exploração da imagem de

---

<sup>50</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, *Contratos Comerciais*, p. 456; PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 45; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, p. 184 e ss.

<sup>51</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA define contrato de licença como “aquele pelo qual o titular de um direito sobre um bem intelectual proporciona a outrem, normalmente de modo temporário e oneroso, o uso da totalidade ou de algumas das faculdades desse direito” em “*Contratos de Propriedade Intelectual. Uma Síntese*”, p. 17.

<sup>52</sup> MARIA MIGUEL CARVALHO, em “*Contratos de Transmissão e de Licença de Marca*”, p. 494 – o contrato de licença de marca é o negócio jurídico pelo qual o titular de uma marca (licenciante), mantendo a sua titularidade, autoriza outra pessoa (licenciado) a usá-la durante um certo período de tempo, normalmente de forma onerosa. Sendo que, a exploração da marca permite ao licenciante, além do retorno monetário, a expansão da marca para outros mercados geográficos, bem como o incremento da notoriedade da mesma.

marca do franqueador, que tem valor consoante a notoriedade que adquiriu no mercado<sup>53</sup>.

Outro dos elementos essenciais decorrentes da celebração do contrato de franquia é a transmissão do *saber-fazer*<sup>54</sup>. Sendo certo que os contratos de transmissão de *saber-fazer* são hoje o mais relevante veículo de modernização da atividade produtiva<sup>55</sup>, pode dizer-se que são verdadeiros instrumentos de proliferação da tecnologia<sup>56</sup>, com elevado grau de adaptabilidade às exigências da economia atual.

Para o transmitente, além da referida contrapartida pecuniária a que terá direito, da proliferação do *saber-fazer*, resultará a expansão do negócio para outra área geográfica. Na ótica do adquirente, beneficia de uma inegável vantagem económica em razão da “vantagem tecnológica” a que tem acesso – que o coloca, quase que imediatamente, numa situação de conforto, evitando as dificuldades inerentes à abertura de uma atividade económica lucrativa<sup>57</sup>.

O Regulamento (CEE) n.º 4087/88 dedica a alínea f), n.º 3, do artigo 1.º à definição de *saber-fazer*<sup>58</sup>, que define como “um conjunto de conhecimentos práticos não patenteados, decorrentes da experiência do franqueador, e verificados por este que é secreto, substancial e identificável.” Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO, compõe o conceito os “conhecimentos técnicos que são necessários para dar vida a uma ideia empresarial”<sup>59</sup>.

Importa clarificar que este *saber-fazer* não se limita a um *saber-fazer* produtivo, de prestação de serviços ou venda de bens. Vai muito para além disso – engloba um conjunto de informações de várias áreas, desde gestão empresarial até a táticas de

---

<sup>53</sup> MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, p. 160.

<sup>54</sup> PINTO MONTEIRO remata que a licença de utilização dos sinais distintivos de comércio transmitidos «é necessariamente acompanhada do fornecimento de “*know-how*”» – *Contratos de Distribuição*, p. 125.

<sup>55</sup> M. G. DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DIAS, *Nos contratos de know-how*, p. 9.

<sup>56</sup> Nesta medida, importa o Regulamento (CE) n.º 772/2004, da Comissão, de 27 de abril, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a categorias de transferência de tecnologia.

<sup>57</sup> M. G. DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DIAS, *Nos contratos de know-how*, pp. 12-13.

<sup>58</sup> Encontra-se definido, ainda, na alínea f) do artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 e alínea g) do n.º 1 do artigo 1.º do Regulamento (UE) n.º 330/2010, dos quais resulta que o *know-how* deve ser secreto, substancial, identificável e suscetível de transmissão.

<sup>59</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Industrial*, p. 292.

publicidade e *marketing*<sup>60</sup>. Na verdade, engloba um leque de conhecimentos imprescindíveis à execução da atividade.

Outra particularidade deste esquema contratual é o dever de assistência técnica do franqueador. Este dever é uma obrigação principal do franqueador, dado que, comumente o franqueado não tem experiência comercial, constituindo esta, a sua primeira experiência empresarial. Necessita, para tal, de uma sólida estrutura de apoio, que se traduz em vários campos – desde apoio jurídico e contabilístico até a aspetos relacionados com às preferências dos consumidores. A assistência é efetivamente um “*essentiale negotii*”, pelo que, sem ele, não existiria contrato de franquia<sup>61</sup>.

Importa ainda, trazer à colação, os direitos de controlo e de fiscalização que surgem na esfera jurídica do franqueador. Sendo certo que o franqueador transmite ao franqueado uma fórmula de sucesso por si criada e a inerente imagem comercial, este adquire um direito de controlo e fiscalização da atividade, que se justifica pela necessidade de proteção dos bens transmitidos, dos quais depende o sucesso da rede. Por conseguinte, o franqueado acolhe um dever de sujeição ao referido controlo e fiscalização. Em suma, os direitos de controlo e de fiscalização<sup>62</sup> constituem um mecanismo de garantia e preservação da imagem de marca e da própria rede, com o limite do respeito pela independência jurídica do franqueado.

## 5. DEFINIÇÃO DE CONTRATO DE FRANQUIA

Terminada a viagem pelas coordenadas do contrato de franquia, já se encontram reunidas as condições para se traçar uma noção desta tipologia de contrato, ressaltando a dificuldade que subjaz a esta tarefa.

A franquia, independentemente da modalidade em causa (de serviços, produção ou distribuição), é o contrato pelo qual o franqueador concebe ao

---

<sup>60</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 35.

<sup>61</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 42; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, p. 180.

<sup>62</sup> Do direito de controlo fazem parte – a idoneidade para proceder à averiguação do cumprimento pontual do contrato; fazer o controlo da qualidade dos produtos; averiguar se as operações publicitárias estão a ser realizadas conforme os princípios da empresa, assim como, averiguar aspetos organizacionais e contabilísticos – ENGRÁCIA ANTUNES, *Contratos Comerciais*, p. 455.

franqueado uma autorização para exploração de direitos de propriedade industrial, no âmbito da qual – estando este sujeito ao controlo e fiscalização daquele – se transmitem conhecimentos técnicos, comerciais e industriais, de forma estável e duradoura, com o propósito de expandir a sua pegada empresarial, dando ao franqueado a oportunidade de se tornar um empresário independente, fazendo uso de um fórmula por si criada, com resultados comprovados de rentabilidade no mercado, dentro da qual, beneficia de uma base sólida de apoio (assistência técnica), mediante contrapartidas pecuniárias, previamente acordadas.



## **CAPÍTULO II: EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA NOS NEGÓCIOS DE FRANQUIA**

### **1. OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA NOS NEGÓCIOS EM CURSO À LUZ DO CIRE**

Com a declaração de insolvência colocam-se questões quanto ao destino dos negócios em curso (negócios que ainda não foram cumpridos), designadamente, quais os efeitos que a mesma comporta na esfera jurídica dos contratantes – insolvente e contratante *in bonis*.

De facto, a declaração de insolvência agrega um leque de efeitos necessários, que se verificam sempre; e de efeitos eventuais, que se materializam na esfera jurídica dos contraentes mediante a verificação de determinados pressupostos e das particularidades do caso concreto. Existem, ainda, efeitos cuja consumação depende da tomada de decisão do administrador de insolvência<sup>63</sup>.

A matéria dos efeitos da declaração de insolvência encontra a sua disciplina no DL n.º 53/2004 de 19 de março (doravante CIRE), nos artigos 102.º a 119.º. O CIRE dedica um título – o Título IV – em exclusivo à matéria dos efeitos da declaração de insolvência, que faz a seguinte divisão: efeitos sobre o devedor e outras pessoas (capítulo I – artigos 81.º a 84); efeitos processuais (capítulo II – artigos. 85.º a 89.º); efeitos sobre os créditos (capítulo III – artigos 90.º a 101.º); efeitos sobre os negócios em curso (capítulo IV – artigos 102.º a 119.º); e resolução em benefício da massa insolvente (capítulo V – artigos 120.º a 127.º) – sendo certo que versaremos a nossa atenção sobre os artigos 102.º a 119.º do referido diploma.

A partir da leitura da epígrafe do artigo 102.º do CIRE, é perceptível a intenção do legislador de atribuir à norma carácter geral em matéria de efeitos da insolvência nos negócios cujas obrigações ainda não se encontram cumpridas, devendo este preceito ser lido conjuntamente com o postulado no artigo 103.º do mesmo diploma. Por conseguinte, as normas consagradas nos artigos 104.º a 118.º do CIRE dizem respeito aos efeitos particulares de tipos contratuais, designadamente: contrato de

---

<sup>63</sup> SOVERAL MARTINS, *Curso de Direito da Insolvência*, pp. 107-108.

compra e venda (cfr. artigos 104.º e 105.º); contrato-promessa (cfr. artigo 106.º); operações a prazo (cfr. artigo 107.º); contrato de locação (cfr. artigos 108.º e 109.º); contratos de mandato e gestão (cfr. artigo 110.º); contrato de prestação de serviços duradoura (cfr. artigo 111.º); procurações (cfr. artigo 112.º); insolvência do trabalhador (cfr. artigo 113.º); prestação de serviços pelo devedor (cfr. artigo 114.º); cessão e penhor de créditos futuros (cfr. artigo 115.º); contas correntes (cfr. artigo 116.º); contratos de associação e participação (cfr. artigo 117.º) e de ACE e AEIE (cfr. artigo 118.º) – todos do referido diploma. Certo é que o regime especial de cada um dos contratos mencionados se encontra encadeado com o princípio geral presente no artigo 102.º CIRE. Por fim, o Capítulo IV termina com a fixação – pelo artigo 119.º CIRE – da natureza imperativa dos normativos.

O princípio geral consagrado no artigo 102.º do CIRE visa reconduzir a um núcleo comum a constelação de problemas que pairam sobre os negócios em curso, em resultado da situação de insolvência. O n.º 1 do referido artigo prescreve que “sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes, em qualquer contrato bilateral em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte, o cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento”. O âmbito de aplicação deste artigo é delimitado por um conjunto de critérios, designadamente – o carácter bilateral do negócio<sup>64</sup> (que é um requisito positivo); e não ter havido, à data da declaração da insolvência, cumprimento total por nenhuma das partes (que é um requisito negativo). Nestes termos, versa apenas sobre as hipóteses de cumprimento parcial dos contratos bilaterais<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Importa tecer algumas considerações no que toca à exigência de se estar perante um negócio bilateral – estão em causa apenas negócios jurídicos bilaterais perfeitos ou sinalagmáticos, que dizem respeito às obrigações sinalagmáticas – isto é, entre as quais haja uma interdependência/reciprocidade, cujo cumprimento de uma tem inerente o cumprimento de outra. – CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, p. 226, nota 324.

<sup>65</sup> CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, p. 225; FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, “Os efeitos da insolvência sobre os negócios em curso”, p. 37.

## Capítulo II: Efeitos da declaração de insolvência nos negócios de franquia

Nasce, portanto, a questão de saber onde se integram os negócios jurídicos unilaterais e os contratos unilaterais, assim como os negócios em que tenha havido cumprimento total de uma das partes<sup>66</sup>.

De acordo com a leitura da segunda parte do n.º 1 do artigo 102.º CIRE, deduz-se como efeito imediato da declaração de insolvência a suspensão do negócio em causa (princípio da suspensão do cumprimento)<sup>67</sup>, até que o administrador da insolvência exerça o poder potestativo<sup>68</sup> de optar pela execução e correlativo cumprimento ou pela recusa do cumprimento das obrigações contratuais em causa.

De acordo com o n.º 2 do mesmo artigo, a contraparte adquire o direito de estabelecer um “prazo razoável” para que o administrador tome a sua decisão, sendo que, caso não opte por nenhuma das opções deduz-se pela recusa do cumprimento (valor declarativo do silêncio – 218.º CC). Com efeito, não existe direito de opção do administrador da insolvência quando o cumprimento pontual das obrigações contratuais se demonstrar “manifestamente improvável” pela massa insolvente (cfr. n.º 4 do artigo 102.º do CIRE), considerando-se abusiva a opção pela execução.

Se o administrador da insolvência optar pela execução contratual, deve ter-se em conta que as dívidas resultantes do contrato se coadunam em dívidas da massa insolvente – cfr. alíneas e), f) e h) do n.º 1 do artigo 51.º do CIRE. Não será assim, na medida correspondente à contraprestação já realizada pela outra parte em momento anterior a essa declaração ou referente a período anterior à mesma.

---

<sup>66</sup> Há autores que defendem a aplicação analógica do artigo aos negócios unilaterais e aos contratos unilaterais de como é o caso de OLIVEIRA ASCENSÃO, por outro lado, rejeitam esta doutrina, SOVERAL MARTINS, PESTANA DE VASCONCELOS, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO e MENEZES LEITÃO. Quanto à questão do cumprimento parcial, OLIVEIRA ASCENSÃO defende que o administrador da insolvência deve acatar o cumprimento, enquanto que, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO crê que a contraparte deve reclamar o seu crédito face ao seu devedor no processo de insolvência. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *“Efeitos sobre os negócios em curso”*, pp. 235 e 240; SOVERAL MARTINS, *Curso de Direito da Insolvência*, p. 143; PESTANA DE VASCONCELOS, *“O novo regime insolvencial da compra e venda”*, p. 537; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, pp. 175-176 e MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, pp. 167-168.

<sup>67</sup> CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, p. 225.

<sup>68</sup> CATARINA SERRA, *O Regime Português da Insolvência*, p. 94.

No n.º 3 do artigo 102.º CIRE, prevêem-se os direitos que a massa insolvente e o contraente *in bonis* adquirem, em razão da opção pela recusa de cumprimento do contrato, tomada pelo administrador da insolvência.

A atribuição de um direito de opção ao administrador de insolvência encontra razão no facto de a insolvência consistir numa “impossibilidade geral de cumprimento das obrigações, que justifica a adoção de medidas em defesa dos credores”<sup>69</sup>. Considera-se que caso o insolvente estivesse obrigado ao cumprimento das obrigações assumidas em sede dos negócios em curso, os pagamentos efetuados iriam beneficiar os referidos credores em detrimento dos restantes. Por este motivo, a lei prevê que aos credores seja vedada a possibilidade de exigirem autonomamente os seus créditos.

Pode dar-se o caso de que a execução dos contratos se revele benéfica para a massa insolvente, e nestes termos, o administrador de insolvência opte pela sua continuidade, conseguindo conciliar os interesses em jogo – da massa e dos credores<sup>70</sup>.

O poder potestativo que nasce na esfera jurídica do administrador da insolvência cabe nas suas funções típicas enquanto representante da massa insolvente e órgão dotado de funções adequadas à realização dos valores pregados pelo Direito da Insolvência, devendo por isso pautar a sua atividade por princípios que permitam cumprir os valores da disciplina – isto é, optar pela decisão que maximize o valor da massa insolvente e, dessa forma, aumentar as probabilidades de satisfação da generalidade dos credores. Nestes termos, o administrador da insolvência é categorizado como um “órgão funcional” da insolvência, por assumir a qualidade de representante da massa, bem como de defensor dos seus interesses. O direito de opção mostra ser uma “manifestação do princípio *par conditio creditorum*” (princípio da igualdade dos credores), decretando que o processo de insolvência prossiga uma

---

<sup>69</sup> MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, p. 186.

<sup>70</sup> MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, pp. 186-187.

## Capítulo II: Efeitos da declaração de insolvência nos negócios de franquia

satisfação coletiva e paritária – satisfação do maior número possível de credores e em condições igualitárias<sup>71</sup>.

Importa clarificar que a delimitação do preceito se deve fazer em conjugação com o artigo subsequente – artigo 103.º do CIRE, para as designadas prestações indivisíveis. No entanto, a sua leitura articulada revela algumas contradições<sup>72</sup>.

Por fim, salienta-se o carácter imperativo da disciplina sob a epígrafe “normas imperativas” do artigo 119.º do CIRE, que declara a nulidade de qualquer acordo das partes em excluir ou limitar a aplicação do regime jurídico contido nos artigos 102.º a 118.º do CIRE, (cfr. n.º 1 do artigo 119.º do CIRE), e em particular as cláusulas que atribuam à situação de insolvência causa justificativa de resolução do contrato ou que confira ao contratante *in bonis* um direito de indemnização, de resolução ou denúncia (cfr. n.º 2 do artigo 119.º do CIRE). Neste âmbito, surge a questão de discernir acerca do âmbito real da situação de insolvência – segundo a interpretação de FERREIRA PINTO e MENEZES LEITÃO o significado de “situação de insolvência” deve ser entendido no sentido de impedir as partes de acordarem cláusulas que se afastem do estabelecido pela lei quando a insolvência já tenha sido reconhecida e declarada pelo tribunal. Assim, nada obsta a que as partes possam concertar cláusulas de resolução, denúncia e indemnização anteriormente à insolvência, no entanto, não poderiam a elas recorrer após a insolvência judicialmente declarada. Desta forma, aquela norma é dirigida às estipulações subsequentes, que têm aplicação após a declaração judicial de insolvência. Em sentido inverso, ANA PRATA, JORGE MORAIS CARVALHO e RUI SIMÕES consideram que a situação de insolvência a que se refere o artigo é a situação de insolvência ainda não declarada pelo tribunal. No mesmo sentido, CATARINA SERRA defende não se encontrarem motivos para que a norma se restrinja à situação de insolvência já declarada pelo tribunal, “bem pelo contrário considerando-se a teleologia” do processo de insolvência que almeja a satisfação integral e igualitária dos credores. Assim, o contrato deve chegar “em vida” ao processo de insolvência, a fim de ser colocado “nas mãos” do administrador da

---

<sup>71</sup> CATARINA SERRA, *O Regime Português da Insolvência*, p. 94; CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, p. 227.

<sup>72</sup> *Vide*, FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, “Os efeitos da insolvência sobre os negócios em curso”, pp. 37-38.

insolvência o direito de opção pela manutenção ou recusa do contrato consoante os interesses da massa<sup>73</sup>. Consideradas as opiniões, parece ser aquele último, o entendimento correto, na medida em que, o objetivo da norma é assegurar a conservação do contrato até ao processo de insolvência, para que o administrador da insolvência exerça a opção pela sua manutenção ou recusa, consoante os interesses da massa – em suma, são nulas as cláusulas que atribuam um direito de resolução ou denúncia perante a situação de insolvência (ainda que não declarada em tribunal) ou por factos indicativos da sua repercussão.

Contudo, o conteúdo do n.º 3 do artigo 119.º do CIRE, traz ao mesmo uma energia dúbia ou até contraditória, ao estabelecer que a insolvência possa configurar justa causa de resolução ou de denúncia atendendo à natureza e conteúdo das prestações contratuais.

Assim, da leitura do n.º 2 do referido artigo, conclui-se não ser possível às partes atribuir, por sua força e iniciativa, valor de causa de resolução ou de denúncia às cláusulas acordadas. Porém, pelo disposto no n.º 3, não ficam estas impedidas de, em concreto e atendendo ao conteúdo e natureza das prestações, reconhecer-lhes justa causa de resolução ou denúncia<sup>74</sup>.

Em suma, foram traçados os aspetos gerais do regime dos efeitos da insolvência nos negócios em curso, à luz do CIRE – analisou-se o artigo 102.º do CIRE enquanto princípio geral; enunciaram-se as estipulações normativas, de carácter especial, previstas para certos tipos de contratos nos artigos 104.º a 118.º do CIRE, por fim, teceram-se algumas considerações acerca do artigo 119.º do mesmo diploma, que exalta o carácter imperativo da disciplina.

---

<sup>73</sup> FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, pp. 336-337; MENEZES LEITÃO, “A (in)admissibilidade da declaração de insolvência como fundamento de resolução de contratos”, p. 99; ANA PRATA/JORGE MORAIS CARVALHO/RUI SIMÕES, *CIRE Anotado*, p. 353; CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, p. 242.

<sup>74</sup> CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, pp. 242-244; MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, p. 225; CATARINA SERRA, *O Regime Português da Insolvência*, p. 107.

## **2. A (IN)EXISTÊNCIA DE TUTELA JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS**

Não se encontra, no direito interno, previsão legal quanto aos efeitos da declaração de insolvência nos acordos de franquia. Torna-se por isso impreterível a procura de uma solução, no sentido de antever e dar resposta aos desafios que surgem na esfera jurídica dos contratantes.

Sendo o contrato de franquia, um contrato de manifesta importância no contexto socioeconómico, é inadmissível que na possibilidade de um dos contraentes se declarar insolvente, isto é, incapaz de satisfazer as suas obrigações, se depare numa situação de incerteza, provocada pelo vácuo jurídico.

Propõe-se a análise das diferentes vias de solução, tecendo críticas e avaliando a sua viabilidade para dar resposta ao problema em causa, atendendo-se às peculiaridades do contrato em questão.

### **2.1. Idoneidade da aplicação da regra geral – o artigo 102.º do CIRE**

Com efeito, o âmbito real do princípio consagrado no artigo 102.º do CIRE revela-se, nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO “muito duvidoso”<sup>75</sup>. Como supramencionado, o artigo 102.º do CIRE propõe-se ser uma norma de aplicação geral/ “critério de solução” – sendo por isso aplicado em todas os casos em que não haja previsão legal específica para os mesmos. Dele resulta que, em caso de declaração de insolvência de uma das partes, os contratos cujas obrigações ainda não se encontrem cumpridas vêm os seus efeitos suspensos, até que o administrador da insolvência opte pela execução do contrato ou pela recusa do seu cumprimento.

Em primeira linha, a formulação revela-se infeliz, dado que é rara a situação em que num contrato bilateral à data da declaração de insolvência não tenha havido ainda cumprimento total por nenhum dos contraentes<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, “*Efeitos sobre os negócios em curso*”, p. 238.

<sup>76</sup> MENEZES LEITÃO, *CIRE Anotado*, pp. 132-133.

Em segunda linha, da leitura dos artigos 102.º e 103.º do CIRE, depreende-se que os preceitos não compreendem relações duradouras, mas somente relações de execução instantânea. E são, efetivamente, aquelas – as duradouras – que levantam “maiores problemas pelo contraste entre o seu prolongamento natural, quiçá até por tempo indeterminado, e a necessidade de levar o processo de insolvência a curto prazo a um termo”<sup>77</sup>.

Com efeito, os contratos duradouros, como é exemplo o contrato em estudo, compreendem “situações temporalmente prolongadas de execução”, que não se enquadram no âmbito real dos artigos 102.º e 103.º do CIRE, sendo necessária a leitura de todos os preceitos do capítulo, a fim de se depreender os verdadeiros princípios gerais que possam dar resposta a esta matéria<sup>78</sup>.

Parece, de facto, pouco coeso epigrafar um artigo como o artigo 102.º do CIRE como princípio geral, tendo em conta que, em primeira linha, apenas se reporta a negócios sinalagmáticos em que não tenha havido ainda cumprimento por nenhuma das partes, e em segunda linha, a contratos que se caracterizam pelo cumprimento instantâneo<sup>79</sup>.

Além do que já foi exposto, há que ter, ainda, em consideração que o processo de insolvência tem como fim último a satisfação integral dos credores, pelo que, a suspensão do negócio poderia não constituir uma viável solução para satisfação dos interesses da massa e dos credores, comparativamente, com a sua continuidade e benefícios daí decorrentes.

Em suma, conclui-se pelo não acolhimento do contrato de franquia no seio do “princípio geral” enunciado no artigo 102.º do CIRE, em razão do seu carácter duradouro, assim como, do estreito âmbito de aplicação da norma.

---

<sup>77</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, “*Efeitos sobre os negócios em curso*”, p. 238.

<sup>78</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, “*Efeitos sobre os negócios em curso*”, p. 239.

<sup>79</sup> ANA PRATA/ JORGE MORAIS CARVALHO/ RUI SIMÕES, *CIRE Anotado*, p. 291.



## 2.2. As cláusulas *ipso facto* e o artigo 119.º do CIRE

A partir do estudo do n.º 3 do artigo 119.º do CIRE, compreende-se que a situação de insolvência pode configurar justa causa de resolução ou de denúncia atendendo à natureza e conteúdo das prestações contratuais de determinado contrato. Assim, o referido preceito abre uma brecha na imperatividade estatuída na norma.

O legislador quis impedir a correlação entre a situação de declaração de insolvência e um direito de denúncia ou resolução do contrato, fazendo assim depender a concretização dos mesmos da natureza e conteúdo das prestações contratuais vigentes em determinado contrato.

Com efeito, saber quais as prestações contratuais que pelo seu conteúdo e natureza firmam a existência de cláusulas de resolução ou de denúncia de um contrato em curso não compreende uma tarefa óbvia, pelo que se impõe que seja feita uma análise da estrutura, assim como das finalidades do contrato *in casu*<sup>80</sup>.

Ao nível da natureza, importa a natureza *intuitu personae* do contrato. Nesta medida, relevam especialmente as características intrínsecas e qualidades pessoais da contraparte. Ao nível do conteúdo, revelam especial importância as prestações infungíveis, no âmbito das quais, o devedor não pode fazer-se substituir por outrem no cumprimento das obrigações assumidas no contrato<sup>81</sup>.

Enfim, é certo que o n.º 3 do artigo 119.º abre uma brecha de enorme relevo na imperatividade do regime, com especial aplicabilidade nos negócios *intuitu personae* e com prestações infungíveis – que configuram características basilares do contrato de franquia. Efetivamente, o contrato é bilateralmente *intuitu personae*, formulado entre determinadas pessoas, cujas características são determinantes para a decisão de contratar. Por um lado, o franqueador procura celebrar o contrato com uma contraparte que cumpra pontualmente o seu projeto comercial, em quem confia todo o *cocktail* de saberes e coloca nas suas mãos a sua imagem comercial, assim como a

---

<sup>80</sup> Cfr. FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, “Os efeitos da insolvência sobre os negócios em curso”, p. 67.

<sup>81</sup> CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, p. 244; MENEZES LEITÃO, “A (in)admissibilidade da insolvência como fundamento de resolução de contratos”, p. 101.

gestão dos seus interesses. Por outro lado, o franqueado procura nos saberes da contraparte a fórmula de sucesso para a sua empresa.

No que diz respeito ao conteúdo das obrigações, importa referir que as obrigações em causa sejam infungíveis, não porque não possam ser exercidas pelo administrador de insolvência, como defende MENEZES LEITÃO<sup>82</sup>, mas porque o contrato foi especificamente construído tendo em conta as características únicas dos contratantes e para se cumprir determinado objetivo – a promoção e celebração de negócios em nome próprio por parte do franqueado, todavia, sob a égide da imagem comercial e saberes do franqueador. Havendo diminuição na capacidade de determinada parte em cumprir o projeto negocial exatamente como ele foi pensado/desenhado em razão da situação de insolvência, pode concomitantemente levar a uma quebra na confiança contratual, essencial, na execução do contrato. Na verdade, a confiança é a trave mestra do contrato de franquia, e em resultado dessa quebra, justifica-se a atribuição de causa justificativa de resolução e de denúncia à situação de insolvência. Em suma, não havendo confiança na atividade desenvolvida pela contraparte não se encontram reunidas as capitais fontes de motivação para a continuidade da relação contratual<sup>83</sup>.

Como se observa no *ponto 2. do Capítulo anterior*, em razão da autonomia privada, são as partes que modelam o conteúdo do contrato, podendo por isso, aquando da celebração do mesmo, de forma livre, espontânea e imparcial, prever os efeitos que podem emergir de uma eventual situação de insolvência – assim, no caso do contrato em estudo, podem incluir-se cláusulas que atribuam à situação de insolvência causa de denúncia ou resolução do contrato sem que estas se possam

---

<sup>82</sup> MENEZES LEITÃO, “*A (in)admissibilidade da insolvência como fundamento de resolução de contratos*”, p. 101. Não é pelo facto de a atividade ser desenvolvida pelo administrador de insolvência, que se viola o requisito da prestação infungível, dado que, o administrador de insolvência se substitui ao contraente insolvente no exercício das suas funções e dispõe de plenas capacidades para tal, mas sim porque havendo diminuição das capacidades do contraente insolvente ao ponto deste deixar de dispor de capacidades que outrora foram determinantes da decisão de contratar, deixa de fazer sentido a manutenção do contrato com aquele contraente que já não é, o contraente com que outrora se celebrou o contrato.

<sup>83</sup> *Vide*, PINTO MONTEIRO, “*Contrato de Agência (Anteprojecto)*”, p. 111; CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, pp. 556 e 557, nota 590 e BAPTISTA MACHADO, “*Pressupostos de resolução por incumprimento*”, p. 359.

## Capítulo II: Efeitos da declaração de insolvência nos negócios de franquia

considerar inválidas em razão da natureza e conteúdo das prestações contratuais. Tratando-se de um contrato categorizado como contrato de gestão de interesses alheios, havendo diminuição da confiança, pode justificar-se a resolução do contrato por vontade das partes.

### 2.3. O recurso à analogia

Como mencionado *no ponto 2. do capítulo anterior*, no que concerne ao regime jurídico, é aplicável ao contrato de franquia, em tudo quanto seja possível, o disposto para o contrato de agência, que é imperante enquanto contrato-matriz dos contratos de distribuição comercial. Antes de mais, procurar-se-á compreender o que se encontra conjeturado para o contrato de agência e avaliar a suscetibilidade de aplicação analógica ao contrato de franquia.

O contrato de agência é o contrato pelo qual uma parte assume, de forma estável e autónoma, o encargo de promover negócios por conta de outrem, numa área circunscrita ou no seio de um círculo de clientes, mediante retribuição calculada em razão do volume de negócios promovidos. O artigo 1.º da LCA, define o contrato de agência como “o contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes”.

Depreende-se, como característica deste contrato, a atuação por conta de outrem. Com efeito, o agente atua por conta e em nome do principal com vista à prossecução dos interesses do mesmo, deste modo, a atuação do agente repercute-se na esfera jurídica do principal. Não obstante, o agente beneficia de autonomia e independência no exercício da sua atividade, ainda que não absoluta, tendo em conta que se encontra subordinado a orientações e diretrizes, assim como, à fiscalização da contraparte [alínea a) do artigo 7.º da LCA], sem que seja colocada em causa a sua autonomia, sob pena da descaracterização da figura contratual<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> LACERDA BARATA, *Sobre o Contrato de Agência*, pp. 36-37 e 40-41.

A celebração do contrato de agência visa, primordialmente, a entrada no mercado alvo através da aquisição e conservação de clientela para o principal. O agente não celebra o negócio, apenas dá a conhecer os produtos e/ou serviços do principal a terceiros, estimulando assim a concretização de negócios. Com efeito, a atividade do agente coaduna-se na promoção de negócios, que compreende: a prospeção de mercado, a angariação de clientes, a difusão dos produtos e serviços através do fornecimento de catálogos, a distribuição de amostras, a divulgação de listas de preços, assim como, a negociação propriamente dita. Não obstante possam ser atribuídos poderes de representação ao agente permitindo-lhe a conclusão de negócios (agente com representação), daqui se extrai que a atividade de celebração de negócios seja eventual e acessória.

Por tudo o que foi *supra* elucidado, assimila-se que este contrato se integra na categoria de “contrato de gestão de interesses alheios”, ao qual se aplica, por analogia, o disposto para o contrato de mandato comercial (artigo 231.º do Código Comercial), ainda que sejam contratos que compreendem funções distintas – se por um lado o contrato de agência visa a celebração de atos materiais, o contrato de mandato visa a celebração de atos jurídicos<sup>85</sup>.

Em conclusão, o contrato de agência visa a promoção de negócios que se repercutem na esfera jurídica do principal, pelo que, é um contrato com forte pendor de colaboração; é, ainda, caracterizado pelo vínculo tendencialmente estável no tempo e pela onerosidade, uma vez que o agente é remunerado pela sua atividade.

Comparando o contrato de agência com o contrato de franquia, é evidente a dissonância em alguns dos seus elementos. No contrato de franquia, o franqueado atua por sua conta e em nome próprio, ao contrário do que acontece no contrato de agência, em que o agente atua por conta e em nome do principal. Tendo em conta que o franqueado adquire a propriedade dos bens, essenciais à execução da atividade, e em determinados casos com a intenção de os revender, assume o risco da

---

<sup>85</sup> Cfr. LACERDA BARATA, *Sobre o Contrato de Agência*, pp. 15 e 36; FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, pp. 211 e 312; PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, pp. 50 e 56; PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, pp. 86-91; ROMANO MARTINEZ, *Contratos em Especial*, p. 327.

## Capítulo II: Efeitos da declaração de insolvência nos negócios de franquia

comercialização, o que não acontece no contrato de agência, no âmbito do qual o risco da comercialização é assumido pelo principal. Em ambos os contratos, como se vê *supra* (ponto 2. do Capítulo I), existe uma relação duradoura com forte pendor cooperativo, em que há integração numa rede, à qual é inerente uma obrigação de obediência das diretrizes e instruções do detentor do negócio, assim como, uma obrigação de zelar pelos interesses de outrem; têm como finalidade última a estimulação de negócios, sendo que, no caso da franquia há efetiva celebração dos negócios propriamente ditos sob a égide da imagem empresarial de outrem.

No que diz respeito aos meios de cessação do contrato de agência, encontram-se plasmadas no artigo 24.º da LCA, as diferentes formas de cessação do mesmo, nomeadamente – o acordo das partes; a caducidade; a denúncia e a resolução. Nos termos referidos, depreende-se que o contrato de agência cessa pelas tradicionais formas de extinção das relações obrigacionais complexas (obrigações de execução continuada ou periódica), daí que se estendam aos diferentes contratos de distribuição, sem necessidade de mediação da lei de agência. Embora previstas especificamente para o contrato de agência, são suscetíveis de aplicação analógica ao contrato *in casu*, tal como a todos os contratos de distribuição e “indo mais longe”, a todos os contratos de carácter duradouro<sup>86</sup>.

O contrato de agência, bem como o contrato de franquia, pode cessar por mútuo acordo – esta é uma forma autónoma de fazer cessar o contrato. Podem as partes fazer cessar um contrato por tempo determinado (antes do prazo estipulado) ou, sendo por tempo indeterminado, a qualquer momento e com efeitos imediatos – cfr. artigo 25.º da LCA.

No que respeita à caducidade – consiste num meio de extinção do contrato, em que há efetiva cessação automática do contrato sem necessidade de manifestação de alguma das partes, mediante a ocorrência de um evento especialmente previsto ou nos termos gerais do direito. Encontramos previstas algumas das hipóteses em que

---

<sup>86</sup> Vide, PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 132; vide ainda, BAPTISTA MACHADO “«Denúncia-modificação» de um contrato de agência”, p. 185, onde refere que é característica dos contratos duradouros a sua extinção por denúncia, resolução e pelo decurso do tempo (caducidade); ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação de Contratos*, p. 490 e ENGRÁCIA ANTUNES, *Contratos Comerciais*, pp. 438 e 457; ROBERTO BALDI, *Il Contratto di Agenzia*, p. 24.

pode haver cessação automática, nomeadamente – findo o prazo estipulado (alínea a); verificando-se determinada situação que as partes o subordinaram (alínea b); e ainda, por morte do agente ou pela extinção da pessoa colectiva (alínea c) do artigo 26.º da LCA.

O artigo não apresenta um núcleo fechado, podendo ser admitidas outras hipóteses de caducidade. O antigo CPEREF dedicava um artigo ao contrato de agência – o artigo 168.º – que determinava a extinção do contrato com a declaração de “falência” de qualquer um dos contraentes. Assim, a declaração de insolvência era indubitavelmente uma causa de caducidade do contrato. Com a revogação do mesmo, a situação do contrato de agência caiu no esquecimento do legislador, solução que é criticada pela nossa doutrina portuguesa<sup>87</sup>. FERREIRA PINTO considera lamentável a falta de previsão de uma norma que regule este aspeto por dois motivos que enuncia – “em primeiro lugar, pela necessidade de clareza das soluções legais, tendo em conta a importância económica e o significado prático que tais contratos apresentam para as empresas envolvidas e para a economia em geral; em segundo lugar, pela circunstância de o artigo 119.º do CIRE estatuir a injuntividade do regime dos efeitos da declaração de falência sobre os negócios pendentes”<sup>88</sup>.

Revogado o artigo, discute-se a possibilidade de a situação da declaração de insolvência caber na hipótese de extinção de pessoa coletiva – alínea c) do artigo 26.º da LCA). Tendo em consideração que da declaração de insolvência à sua (eventual) extinção decorre um certo período de tempo, não parece coerente igualar a situação de insolvência à situação de liquidação da mesma (que compreende um processo de dissolução e liquidação e que se consuma com o registo do encerramento da liquidação – cfr. n.º 2 do artigo 160.º do CSC), que poderá nem vir a acontecer, tendo em atenção que pode ser preparado um plano de insolvência com vista à sua recuperação que permita a continuidade da relação contratual nos mesmos termos em que foi iniciada. Para além disto, seria manifestamente excessivo, determinar o fim da relação contratual pelo mero levantamento da situação de insolvência, tendo em

---

<sup>87</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, “*Os efeitos da falência sobre a pessoa e negócios do falido*”, p. 667; LUIS A. CARVALHO FERNANDES, JOÃO LABAREDA, *CPEREF Anotado*, pp. 410-411; LACERDA BARATA, *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*, pp. 67-68.

<sup>88</sup> FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, p. 332.

## Capítulo II: Efeitos da declaração de insolvência nos negócios de franquia

atenção que pode ser do interesse das partes a continuidade da relação contratual, com vista à satisfação dos interesses da massa insolvente, tal como a satisfação integral dos credores. Como refere FERREIRA PINTO, é muito pouco provável que o contrato de agência dure até à situação em que há efetiva extinção da sociedade. É, por isso, normal que venha a ocorrer, em momento anterior, denúncia do contrato por parte da própria sociedade insolvente ou justa causa de resolução do contrato<sup>89</sup>.

Relativamente à denúncia, trata-se de uma forma típica de fazer cessar relações duradouras por tempo indeterminado, pela qual qualquer uma das partes pode, de forma livre e discricionária, através de declaração unilateral receptícia dirigida à contraparte, fazer cessar o contrato do qual é parte – cfr. artigo 28.º da LCA. O contraente que almeja a denúncia do contrato está dispensado da apresentação de motivos justificativos; destarte, deve comunicar à contraparte as suas intenções com a antecedência necessária<sup>90</sup>.

Em sede de resolução, elencada no artigo 30.º da LCA, prevêem-se duas hipóteses de resolução contratual, nomeadamente, - “se a outra parte faltar ao cumprimento das suas obrigações, quando, pela sua gravidade ou reiteração, não seja exigível a subsistência do vínculo contratual” (alínea a); ou “se ocorrerem circunstâncias que tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual, em termos de não ser exigível que o contrato se mantenha até expirar o prazo convencionado ou imposto em caso de denúncia” (alínea b). Também o artigo 30.º da LCA não conjectura a declaração de insolvência como hipótese de resolução de contrato. Nestes termos, irá ser analisada a possibilidade de a declaração de insolvência poder ser equiparada a alguma das hipóteses em destaque pelo artigo. Tendo em conta que a situação da insolvência pode levar à falta de cumprimento das obrigações, de como é exemplo e aplicando-se à realidade do contrato de franquia – do lado do franqueado: a falta de remuneração ao franqueador; a falta de atualização do *saber-fazer* quando haja sido atualizado pelo franqueador; a não aquisição de produtos, em especial, quando haja cláusulas de aquisição de existências; o não

---

<sup>89</sup> Cfr. FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, pp. 328, 330-331.

<sup>90</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, “Efeitos sobre os negócios em curso”, p. 251; PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 136.

cumprimento de quotas de vendas; a falta de obras de manutenção e modernização do estabelecimento; entre outras despesas necessárias à manutenção diária do estabelecimento, de como são exemplos a regularização de despesas de água e eletricidade essenciais à vida quotidiana da atividade objeto de contrato e que cuja falta pode comprometer a realização da atividade nos parâmetros acordados em sede contratual; o desrespeito pelas instruções do franqueador, assim como, outros factos indicativos de má gestão de recursos e da atividade, e que sejam suscetíveis de prejudicar gravemente a rede de franquia em que está inserido. Pode, em última instância, prejudicar a imagem empresarial do franqueador (bem jurídico que deve ser minuciosamente tutelado), uma vez que, ainda que sejam independentes, ostentem a mesma imagem comercial, da qual dependem e devem proteger. Do lado do franqueador, serão exemplos de incumprimento do contrato – o não auxílio ao franqueado na sua atividade; a não renovação do *saber-fazer* quando seja crucial a sua atualização; assim como, todas as atitudes que possam degradar a própria imagem comercial e consequentemente a imagem de toda a rede de franquia que irá acatar com as consequências. Este conjunto exemplificativo de atos faltosos podem defraudar as genuínas expectativas e confiança na contraparte – que, quer pela sua gravidade (em função da própria natureza da infração e das circunstâncias que a rodeiam ou da perda de confiança que inevitavelmente acompanha a falta de cumprimento) quer pela sua reiteração, possam determinar a não continuidade da relação contratual cabendo nas hipóteses da alínea a) do artigo 30.º da LCA.

A figura contratual em causa revela notas de contrato de gestão de interesses alheios e licença de uso de marca ou de outros sinais distintivos, nestes termos, é dever dos contratantes, além do cumprimento das obrigações inerentes ao projeto negocial convencionado, a tutela minuciosa da imagem empresarial que ostentam. Certo é que o incumprimento das instruções por parte do franqueado ou caso este adote comportamentos capazes de prejudicar a imagem comercial a eles comum, faz nascer na esfera jurídica do franqueador um direito de resolução com justa causa<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 67.



## Capítulo II: Efeitos da declaração de insolvência nos negócios de franquia

O não cumprimento das obrigações contratuais, quando consideradas pela sua gravidade ou reiteração, pode tornar inexigível a subsistência do contrato. Com efeito, como destaca BAPTISTA MACHADO uma violação aparentemente sem importância pode revelar-se fatal numa relação obrigacional complexa<sup>92</sup>. Neste sentido, PINTO MONTEIRO enaltece que o incumprimento “ainda que, em si mesmo pouco grave, pode justificar, em certos casos, uma perda de confiança quanto ao cumprimento futuro do contrato. Ora como se trata de uma relação duradoura<sup>93</sup>, em que a colaboração entre as partes é elemento fundamental, a perda de confiança, justificada, legitima a resolução do contrato”<sup>94</sup>. No mesmo sentido, CARNEIRO DA FRADA defende que nos negócios de confiança em que exista uma quebra da mesma, surge legitimidade para resolver o contrato pelo facto de o outro contraente ter defraudado a sua confiança<sup>95</sup>. Há nestes contratos *intuitu personae* uma obrigação de “conteúdo” mais amplo – no sentido em que as partes se devem abster de cometer quaisquer comportamentos que possam colocar em causa a confiança *inter partes* <sup>96</sup>. Em particular ao contrato de franquia, MENEZES CORDEIRO refere que não se trata de um contrato em que exista “pura troca”, mas um contrato em que as suas partes estão em constante contacto, sendo impreterível a valorização da boa-fé na vida quotidiana do contrato<sup>97</sup>.

Relativamente ao disposto na alínea b) do referido artigo – tendo em conta que a declaração de insolvência pode tornar impossível o cumprimento das obrigações ou prejudicar gravemente o fim contratual, pode tornar-se inexigível a sua subsistência até ao fim do prazo convencionado. A alínea em análise compreende as situações que não sejam imputáveis a qualquer das partes e que impossibilitem ou comprometam com gravidade a execução contratual em termos em que deixa de ser exigida a sua continuidade. Nestes termos, a relação contratual é passível de resolução perante

---

<sup>92</sup> BAPTISTA MACHADO, “*Pressupostos de resolução por incumprimento*”, p. 356.

<sup>93</sup> RAQUEL GUIMARÃES defende, a aplicação geral da alínea a) do artigo 30.º da LCA, a todos os contratos de execução continuada, em “*O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamentos eletrónicos*”, Faculdade de Direito do Porto, junho de 2009, versão académica, p. 673, nota 1307 *apud* PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, p. 134.

<sup>94</sup> PINTO MONTEIRO, “*Contrato de Agência (Anteprojecto)*”, p. 111.

<sup>95</sup> CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, p. 556.

<sup>96</sup> BAPTISTA MACHADO, “*Pressupostos de resolução por incumprimento*”, p. 359 e CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, p. 557, nota 590.

<sup>97</sup> MENEZES CORDEIRO, “*Autonomia versus Tipicidade Negocial*”, p. 82.

fundamentos objetivos, isto é, não em razão da violação de deveres contratuais, mas sim em razão de circunstâncias supervenientes, não imputáveis às partes contratuais<sup>98</sup>.

Na perspectiva de FERREIRA PINTO, a situação de insolvência caberia na hipótese da alínea b), pelo que a relação negocial poderia ser resolvida por qualquer das partes com fundamento em justa causa objetiva<sup>99</sup>.

Atendendo à letra da lei, a situação de insolvência pode caber em ambas as hipóteses, se admitirmos que deixa o insolvente impossibilitado de cumprir as suas obrigações grave e reiteradamente (alínea a), podendo vir a tornar a execução do contrato impossível ou prejudicá-la de tal maneira que se torne especialmente onerosa (alínea b).

Em suma, o contrato pode ser resolvido nos casos em que – em primeira linha – a parte insolvente deixa de conseguir cumprir as suas obrigações contratuais, deixando, assim, de conseguir zelar pelos interesses da contraparte, que ainda que independentes, ostentam uma mesma imagem comercial, da qual dependem e devem proteger. Em segunda linha, tratando-se de uma relação contratual de intensa colaboração *interpartes*, havendo uma quebra na confiança (que é condição prevaiente neste tipo de contratos) perdem-se, igualmente, as condições determinantes para a manutenção do contrato. Assim, compreende-se que a insolvência possa constituir justa causa de resolução, com a ressalva de que deva ser provada a impossibilidade de cumprimento pontual do contrato, assim como, a quebra da confiança; e, por fim, que a continuidade do contrato se revele mais prejudicial para a massa insolvente do que resolução do mesmo, com o intuito de se proteger o insolvente.

No que ao contrato de agência diz respeito, a tendência da doutrina majoritária é a de que a declaração de insolvência do principal dá origem à caducidade, em razão da aplicação do disposto para os contratos de mandato e de gestão – cfr. n.º 4 do artigo 110.º do CIRE, com remissão para o n.º 1 do mesmo artigo – “caduca com a declaração de insolvência do mandante (...) sem que o mandatário tenha direito a

---

<sup>98</sup> PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 146.

<sup>99</sup> FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, p. 331.

## Capítulo II: Efeitos da declaração de insolvência nos negócios de franquia

indenização pelo dano sofrido”. Por outro lado, a declaração do agente dá lugar à denúncia do contrato, em razão da aplicação do disposto no n.º 2 do artigo 114.º e artigo 111.º do CIRE para o contrato de prestação duradoura de serviços<sup>100</sup>. É uma solução que, em larga medida, se aproxima da preconizada no ordenamento jurídico alemão<sup>101</sup>. Aplicando-se a presente via de solução ao contrato de franquia, havendo sido declarada a insolvência do franqueador e operando-se os efeitos gerais da caducidade, haverá imediata suspensão do contrato. É verdade que perante a insolvência do franqueador pode revelar-se especialmente difícil a manutenção do vínculo contratual, principalmente, quando dele depende uma rede de franquia. Não obstante, pode ser extremamente benéfico e vantajoso para a massa insolvente a manutenção do embrião negocial. Por outro lado, quando haja sido declarada a insolvência do franqueado, as partes adquiririam um direito de denúncia do contrato.

Nos termos supra enunciados, a declaração de insolvência do franqueador levaria à caducidade do contrato, solução que poderá não se revelar simbiótica com os interesses das partes, assim como com os objetivos da insolvência, que tem como finalidade última a satisfação integral e igualitária dos credores e no âmbito da qual poderá e deverá, sempre que possível, ser impregnado um plano de recuperação empresarial com vista à manutenção da sociedade – o que seria incongruente e incompatível com a solução adotada pela doutrina majoritária que erradicaria o vínculo negocial, inviabilizando a sua manutenção quando esta se poderia demonstrar ser a melhor solução para ambas as partes. Considere-se, ainda, que havendo

---

<sup>100</sup> FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, p. 99; MENEZES LEITÃO, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, pp. 36-37; PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, p. 121; ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, p. 527, nota 1046.

<sup>101</sup> FERREIRA PINTO enuncia vários motivos para a divergência de tratamento entre as hipóteses de insolvência do principal e do agente, nomeadamente – a natureza *intuitu personae* do contrato, no entanto, tendo em consideração que o carácter *intuitu personae* é mais forte no que diz respeito à pessoa do agente e caso este seja declarado insolvente o vínculo contratual não se dissolve, não poderá ser esta a justificação; o facto do principal ficar privado da disposição e administração dos bens integrados na massa (artigo 81º do CIRE) também não parece ser este motivo convincente, tendo em conta, que caberia nas funções do administrador de insolvência (n.º 4 do artigo 81.º do CIRE) pelo que se revelam duas teses pouco consistentes, apresentando-se como argumento mais viável a natureza essencialmente liquidatária do processo insolvencial português. Quando à solução adotada para o agente, o autor refere que seria de esperar a automática dissolução do vínculo contratual, no entanto, como a sua atividade visa essencialmente a prática de atos materiais a sua insolvência não inviabilizaria a sua atividade enquanto agente comercial – em *Contratos de Distribuição*, pp. 332, nota 1088, e pp. 333-334.

erradicação do vínculo contratual, não existiriam sequer quaisquer direitos indenizatórios a serem usufruídos pelo franqueado, que atendendo aos casos (muito comuns) em que o franqueado é dependente do franqueador e em que há exclusividade, aquele veria a sua sociedade desmantelada sem qualquer “compensação” pelos investimentos realizados.

No sentido de dar resposta ao problema, FERREIRA PINTO propõe a aplicação *in casu* do n.º 1 do artigo 111.º do CIRE relativo ao contrato de prestação de serviços. Considerando que a natureza de prestação de serviços prevalece sobre a natureza de gestão do contrato, nasce nas esferas jurídicas das contrapartes um direito de denunciar o contrato aquando da declaração de insolvência<sup>102</sup>. Seria, pois, idêntica a solução para o caso de insolvência do franqueador ou do franqueado, o que é perfeitamente compreensível, tendo em atenção que o contrato é bilateralmente *intuitu personae* – envolve uma dinâmica de colaboração intensa, à qual a denúncia se aplica, cabendo às partes (administrador de insolvência e contraparte) ajuizar sobre a manutenção ou extinção do vínculo. É uma solução que se aproxima da lei espanhola para o contrato de agência<sup>103</sup>. A solução preconizada pelo Autor parece ser a solução mais coesa para o problema em apreço, tendo em conta que as partes adquiririam um direito de fazer cessar o contrato quando concluíssem de forma livre e discricionária, ser inexecutável a manutenção do mesmo em razão da insolvência de uma das partes.

---

<sup>102</sup> FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, pp. 334-335.

<sup>103</sup> Cfr. alínea b), n.º 1 do artigo 26.º da *Ley Concursal* – “*La franquicia. Aspectos jurídicos, laborales y fiscales*”, pp. 207-208 – “*Cada una de las partes de un contrato de agencia pactado por tiempo determinado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, en los siguientes casos: (...) b) Cuando la otra parte hubiere sido declarada en concurso*”.

### **CAPÍTULO III: A INSOLVÊNCIA COMO CAUSA DE CESSAÇÃO CONTRATUAL E AS SUAS REPERCUSSÕES**

#### **1. A ADMISSIBILIDADE DA INSOLVÊNCIA COMO CAUSA DE CESSAÇÃO CONTRATUAL**

Nos contratos em que haja sido, no decurso da sua existência, declarada uma situação de insolvência – fora os casos especificamente previstos na lei (*vide* n.º 5 do artigo 108.º; n.º 2 do artigo 119.º; n.º 1 do artigo 117.º; artigo 110.º; artigo 116.º e n.º 1 do artigo 118.º, todos do CIRE; e alínea a), n.º 2 do artigo 10.º do DL 231/81, de 28 de julho) – os contratos suspendem-se, colocando-se nas mãos do administrador de insolvência o futuro da relação contratual, cabendo-lhe a opção entre a manutenção das relações contratuais em curso ou a sua cessação de acordo com os interesses da massa insolvente, como se vê no artigo 102.º do CIRE. Nestes termos, a possibilidade de resolução do contrato por emergência da situação de insolvência é substituída pelo poder decisório atribuído ao administrador da insolvência<sup>104</sup>. Contudo, o contrato de franquía não tem cabimento nas hipóteses do artigo pelos motivos enunciados supra (*vide* ponto 2.1. do capítulo anterior).

Como se vê em sede do capítulo anterior (ponto 2.2), a situação de insolvência não é diretamente apontada como fator constitutivo de nenhuma das formas de cessação dos contratos, sendo que o acolhimento de cláusulas nesse sentido é expressamente proibido pelo n.º 2 do artigo 119.º do CIRE, com a ressalva do n.º 3 do mesmo preceito legal, o qual institui que, atendendo à natureza e conteúdo das prestações contratuais, a insolvência pode constituir justa causa de resolução (o que parece fundir-se perfeitamente com o contrato em estudo)<sup>105</sup>. Com efeito, havendo sido declarada a insolvência do franqueado, poderá o franqueador requerer a resolução do contrato, atendendo à natureza e conteúdo do mesmo, isto nas situações em que haja sido convencionada cláusula nesse sentido. O mesmo se dirá perante a insolvência do franqueador. Na esteira de FERREIRA PINTO, dada a forte

---

<sup>104</sup> MENEZES LEITÃO, “A (in)admissibilidade da insolvência como fundamento de resolução de contratos”, p. 97.

<sup>105</sup> Para mais desenvolvimentos, *vide* Capítulo II, ponto 2.2 do presente estudo.

componente da prestação de serviços no contrato, surge na esfera jurídica dos contraentes um direito de denunciar o contrato<sup>106</sup>.

Em síntese, o contrato cessa quando haja sido convencionada uma cláusula ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 119.º do CIRE, nos termos do qual as partes podem requerer a dissolução do contrato em virtude da insolvência ou através de denúncia ao abrigo do disposto para os contratos de prestação duradoura de serviços – artigo 111.º do CIRE.

## **2. AS REPERCUSSÕES DA INSOLVÊNCIA SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA CESSAÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA**

Cumprido neste ponto averiguar e compreender as consequências do levantamento da insolvência no contrato de franquia, dando maior destaque à possibilidade efetiva de dissolução do contrato. Na verdade, o raciocínio axiológico visará o entendimento dos efeitos gerais da cessação no contrato de franquia numa visão macro, tendo sempre em consideração a eventualidade de ser decretada a situação de insolvência de uma das partes (ou seja, analisar-se-á de que forma se exteriorizam as consequências da cessação do contrato de franquia, quando este cesse devido à insolvência de um dos contratantes).

É com a cessação do vínculo contratual que se levantam os maiores problemas e se polarizam os principais focos de conflitualidade entre os contraentes, atendendo-se às notas de estabilidade e da elevada ingerência e colaboração entre os envolvidos contratuais (relações obrigacionais complexas com notas de durabilidade e com forte pendor cooperativo).

Verifica-se que a grande maioria das intervenções legislativas, no que toca aos contratos de distribuição, dizem respeito às causas e efeitos da cessação destes contratos. Percebe-se, por isso, que exista uma maior preocupação relativamente aos distribuidores, por se julgar que estão numa posição de inferioridade e

---

<sup>106</sup> Cfr. FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, pp. 334-335.

Capítulo III: A insolvência como causa de cessação contratual e as suas repercussões

frequentemente se encontram numa situação de dependência. Também, porque, na maioria das vezes, cessando o vínculo contratual o distribuidor perde um ativo crucial da sociedade: marca, insígnia, nome ou outros sinais distintivos de comércio (que são importantes focos angariadores de clientela), o *saber-fazer* e a assistência técnica a que estava vinculado. A verdade é que, se na celebração e execução do contrato a imagem empresarial – e tudo o que a compõe – constituía um fator de valoração, aquando da cessação, esta torna-se um fator gerador de problemas. Assim como, também perde, muitas vezes, tudo o que compõe o estabelecimento que servia em exclusivo o propósito do desenvolvimento da atividade. Assim, a tendência doutrinária e jurisprudencial vai no sentido da efetiva emergência de se criar meios de tutela com vista ao resgate dos concessionários e franqueados que se vêm na iminência de perder todos os seus investimentos<sup>107</sup>.

Compreenda-se que a franquia, por conter vetores que vão além dos contratos de distribuição puros, requer uma especial ponderação na aplicação analógica do contrato de agência, designadamente na questão da indemnização de clientela, levantando específicos problemas aquando da dissolução do vínculo, em razão da cessação dos direitos de propriedade industrial e sobre o destino das existências – questões sobre as quais irei dissertar.

Com a cessação do contrato extingue-se uma relação obrigacional complexa. Todavia, não há liberação absoluta das partes quanto às suas obrigações, dado que há obrigações que se mantêm *post pactum finitum*, como é exemplo o dever de agir com honestidade e probidade – dever que acompanha o contrato desde a sua fase embrionária e se mantém no período do pós-contratual, para ambas as partes, tal como outros deveres de índole lateral ou acessória que radicam na boa fé e se

---

<sup>107</sup> FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, p. 14. Para mais desenvolvimento desta matéria, vide MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, pp. 60-63, onde esclarece que a generalidade da doutrina e jurisprudência apontam no sentido do desequilíbrio económico entre as partes, em que o franqueado é detém a posição mais débil da relação. Esta posição defende ser necessário proteger-se o franqueado – no entanto, segundo a autora, uma proteção acrescida do franqueado pode vir a descaracterizar o contrato nos termos em que o conhecemos, sendo então apenas necessário assegurar que os franqueadores não se aproveitem da condição dominante para impor ao franqueado condições que se revelem abusivas.

materializam com elevada intensidade no seio de contratos de cooperação e de confiança, onde o dever de lealdade se encontra profundamente enraizado<sup>108</sup>.

Podem, ainda, nascer na esfera jurídica dos contraentes outros direitos e obrigações. Genericamente – o dever de cooperação na liquidação empresarial por parte do franqueador; um dever de restituição de tudo o que haja sido fornecido para o desempenho da atividade objeto do contrato previsto no artigo 36.º da LCA para ambas as partes; o dever de segredo ou de reserva previsto no artigo 8.º da LCA para o franqueado; a eventual obrigação de não concorrência pós-contratual para o franqueado previsto no n.º 1 do artigo 9.º e respetiva compensação (alínea g) do artigo 13.º), assim como, a (eventual) atribuição de uma indemnização de clientela ao franqueado (artigo 33.º), e o (eventual) encargo do franqueador em readquirir as existências<sup>109</sup> – direitos, deveres e consequências que se irá indagar consoante a atinente relevância, sob o olhar das insolvências.

## **2.1. Cessação dos direitos de propriedade intelectual e obrigações assumidas**

### **2.1.1. Cessação de direitos de propriedade intelectual e industrial**

O contrato de franquia, enquanto contrato-quadro que é, compreende uma relação obrigacional complexa que integra uma ou várias licenças de exploração de direitos de propriedade intelectual (de marca, patente, logótipo, nome, insígnia, modelo ou desenho, entre outros) e, ao lado dos referidos direitos de propriedade intelectual legalmente tipificados, aglomeram ainda segredos de negócio, informações confidenciais e *saber-fazer*, que assumem um papel imperioso no contrato<sup>110</sup>.

Com a cessação do contrato de franquia, o franqueado perde o direito ao uso dos sinais distintivos do comércio, assim como do *saber-fazer*, deixando, portanto, de ter acesso ao aglomerado de elementos determinantes na prosperidade do negócio do franqueador.

---

<sup>108</sup> FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, p. 426.

<sup>109</sup> Cfr. FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, pp. 426-429.

<sup>110</sup> ALBERTO RIBEIRO DE ALMEIDA, “*Direitos de Propriedade Industrial e Propriedade Intelectual no Contrato de Franquia*”, pp. 555 e 558.



### Capítulo III: A insolvência como causa de cessação contratual e as suas repercussões

Perdidos os direitos inerentes ao contrato de franquia, o franqueado fica imediatamente obrigado a deixar de os ostentar e a abster-se de qualquer ato que possa gerar confusão com a sociedade do franqueador ou que indicie a intenção de se aproveitar da sua notoriedade. Esta é uma consequência direta da desvinculação do contrato de franquia, pelo que não carece de previsão legal expressa nesse sentido<sup>111</sup>.

Findo o contrato em razão da insolvência de um dos contraentes, naturalmente que os efeitos produzidos serão os mesmos – o franqueado perde o direito ao uso e ostentação dos sinais distintivos, assim como ao *saber-fazer* e até ao estabelecimento que, segundo o entendimento de COUTINHO DE ABREU, se encontra intrinsecamente ligado ao contrato.

É certo que o estabelecimento foi pensado apenas e só para o desenvolvimento da atividade objeto do contrato, pelo que, aquando da cessação do contrato, surge como pertinente a questão do seu destino. Existe uma proibição de trespasse do estabelecimento, tendo em conta que este se encontra incindivelmente ligado ao contrato – e aos bens imateriais proporcionados pelo franqueador – e que, por isso, integram o “âmbito mínimo” dos mesmos, sendo apenas admissível nas hipóteses em que haja autorização do franqueador<sup>112</sup>. A identidade do estabelecimento confunde-se com a identidade da sociedade – “o estabelecimento não goza de um grau de autonomia que lhe confira identidade própria, antes sendo a objetivação ou concretização (...) da empresa do franquizador”<sup>113</sup>, sendo certo que o franqueado é independente da sociedade, mas o estabelecimento parece não ser.

Considerados os aspetos supramencionados percebe-se que não pode o franqueado trespassar o estabelecimento sem a autorização do franqueador. Na hipótese de o franqueador se encontrar em processo de insolvência e caso o administrador da insolvência opte por alienar a rede de franquia no seu todo, tudo

---

<sup>111</sup> FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, p. 438.

<sup>112</sup> COUTINHO DE ABREU, *Da Empresariabilidade, As Empresas no Direito*, pp. 67-68 defende que “os estabelecimentos dos franquizados serão “absolutamente vinculados”: ligados incindivelmente aos bens proporcionados pelos franquidores (sinais distintivos, saber-fazer, etc). Significa isto, na prática, que esses estabelecimentos não poderão ser transmitidos, nem subsistir, sem a transmissão, ou a subsistência, da posição contratual dos franquizados (no respeitante aos contratos de franquia) – os meios proporcionados pelos franquidores integram o “âmbito mínimo” dos estabelecimentos”.

<sup>113</sup> ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “*Da franquia de empresa*”, p. 275.

permanece inalterado. Não havendo alienação da marca ou de outro direito de propriedade industrial (isto é, da rede de franquia) e findo o contrato, o franqueado vê-se em mãos com a decisão de que destino deve dar àquele estabelecimento, em que ele próprio investiu. Ainda que se saiba que o franqueado, aquando da celebração do contrato, estava ciente dos eventuais riscos que correria, poderia ponderar-se um dever de aquisição do estabelecimento pelo franqueador. No entanto, estando ele em situação de insolvência poderia constituir um grande encargo para a massa insolvente, e em razão do dever de colaboração no processo de liquidação parece ser a solução mais coesa a do franqueador (administrador da insolvência) permitir ao franqueado a venda dos elementos que compõem o estabelecimento que sejam suscetível de venda e que não periguem com a eventual continuidade da atividade do franqueador. No que aos bens em inventário diz respeito, realizar-se-á o seu desenvolvimento, em sede própria, neste estudo.

Caso seja o franqueado a entrar em processo de insolvência, uma vez cessado o contrato por decisão do administrador de insolvência, deve o franqueador em virtude do dever de colaboração, autorizar o trespasse do estabelecimento.

### **i) Dever de confidencialidade**

Como já se adiantou, o contrato de franquia compreende a transferência de um conjunto de informações valiosas, a saber – segredos de negócio (podem ser segredos industriais ou segredos de comércio<sup>114</sup>); informações confidenciais e *saber-fazer*<sup>115</sup>, dos quais dependem o sucesso do negócio (do franqueador e dos futuros franqueados, isto é, de toda a rede franqueada). Popularmente, diz-se que o segredo é a alma do negócio, de tal maneira que, no sentido de o proteger, estes contratos se

---

<sup>114</sup> Entendem-se por segredo industrial e segredo comercial, respetivamente, a “informação secreta, patenteável ou não, relativa a métodos ou técnicas de produção e aos próprios produtos industriais” e “a informação secreta relativa à atividade das empresas, como, por exemplo, as respetivas estratégias comerciais, políticas de vendas, estruturas de custos, listas de clientes e distribuidores, métodos de trabalho e marketing, etc” - DÁRIO MOURA VICENTE, “*Proteção do know-how, segredos de negócio e Direito Intelectual*”, p. 92.

<sup>115</sup> Sendo certo que “a licença dos direitos de propriedade industrial é necessariamente acompanhada do fornecimento de know-how” – PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 125; L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, pp. 34 e 42.

Capítulo III: A insolvência como causa de cessação contratual e as suas repercussões fazem acompanhar de cláusulas de confidencialidade que impõem um dever de sigilo/secredo ao franqueado<sup>116</sup>.

Este dever de segredo ou de reserva a que se encontra adstrito o franqueado após a cessação do contrato decorre do âmbito do contrato, não carecendo, por isso, de previsão contratual expressa e encontra assento legal no artigo 8.º da LCA<sup>117</sup>. Durante muito tempo, a proteção dos segredos comerciais era reconduzida à concorrência desleal nos termos do artigo 318.º do anterior CPI relativo às informações não divulgadas (a violação do segredo era sancionada na medida em constituía um ato de concorrência desleal)<sup>118</sup>.

No âmbito da transposição de duas diretivas comunitárias – a Diretiva (UE) 2015/2436 relativa às marcas e a Diretiva (UE) 2016/943 relativa ao *know-how*, segredos comerciais, e informações confidenciais – procedeu, no âmbito de uma autorização legislativa concedida pelo Parlamento Europeu, a uma revisão legislativa, que resultou no CPI.

Com esta recente alteração, os segredos comerciais beneficiam de um capítulo autónomo, (Capítulo II – artigos 313.º, 314.º e 315.º do CPI), onde, finalmente, se preveem mecanismos para uma tutela mais eficaz, estabelecendo-se sanções para a aquisição, utilização, e divulgação ilegais dos segredos comerciais. A proteção de segredos comerciais aproveita agora de um Capítulo autónomo face à proteção conferida pelo regime da concorrência desleal, como se de um verdadeiro direito de propriedade intelectual se tratasse.

As alíneas a), b), e c), do n.º 1 do artigo 313.º do CPI definem o que deve entender-se por segredo comercial, enunciando os requisitos a que deve obedecer – ser secreto, conter valor patrimonial pelo facto de ser secreto e que seja objeto das diligências necessárias para a sua manutenção como secreto.

---

<sup>116</sup> Vide Cláusula 17 do ICC – *Models of Franchising*

<sup>117</sup> O preceito consagra uma obrigação pós-eficaz, dado que, se trata de uma hipótese de eficácia continuada das obrigações. Vide LACERDA BARATA, *Sobre o Contrato de Agência*, p. 79 e MENEZES LEITÃO, “*Da pós-eficácia das obrigações*”, pp. 41-42.

<sup>118</sup> ALBERTO RIBEIRO DE ALMEIDA, “*Direitos de Propriedade Industrial e Intelectual no Contrato de Franquia*”, pp. 565-566 e DÁRIO MOURA VICENTE, “*Proteção do know-how, segredos de negócio e Direito Intelectual*”, p. 103.

O artigo 314.º do CPI estabelece que constitui ilícito a utilização ou divulgação de um segredo comercial sem o consentimento do seu titular, quando haja sido violado “um acordo de confidencialidade ou qualquer outro dever de não divulgar o segredo comercial”. Em suma, o fluxo de informações de elevado valor patrimonial que circula em torno da franquia, torna impreterível a aposição de cláusulas de confidencialidade com vista à proteção *post pactum finitum* do secretismo da técnica empresarial movida pelo franqueador. Impera, deste modo, sobre o franqueado, um dever de sigilo quanto a todos os conhecimentos e informações que obteve no decurso da sua atividade, não podendo utilizá-las em próprio benefício, nem transmiti-las a terceiros<sup>119</sup>.

Chegados aqui, cumpre resolver a problemática relativa ao modo de exteriorização daquele dever de confidencialidade, nas hipóteses em que seja levantada a insolvência de uma das partes. Havendo o contrato cessado em razão da insolvência do franqueado, este permanece adstrito ao cumprimento deste dever, enquanto as informações não constituam domínio público. No caso da insolvência do franqueador, importa compreender se o franqueador cessou a atividade ou se, por outro lado, a manteve em consequência da aprovação de um plano de insolvência com vista à sua reestruturação. Caso mantenha a atividade, o franqueado deve cumprir o seu dever de confidencialidade sem reservas. Por outro lado, havendo sido cessada a atividade, não se encontram motivos que obstem à utilização de todos os elementos que o dever de confidencialidade aglutina, ressalvados os casos em que exista cláusula contratual delimitadora da manutenção desse dever, por determinado período temporal.

## **ii) Obrigação de não concorrência *post pactum finitum***

Em determinadas situações – e visando uma eficaz proteção e segurança da preciosidade do negócio do franqueador – as partes estipulam a obrigação de não integração numa rede concorrente ou, mais comumente, a obrigação de não

---

<sup>119</sup> LACERDA BARATA, *Sobre o Contrato de Agência*, p. 78 - “Os segredos a que o agente tenha tido acesso em virtude do exercício da sua actividade não poderão ser por si utilizados ou revelados a terceiros, excepto na medida permitida pelas regras de deontologia profissional”

Capítulo III: A insolvência como causa de cessação contratual e as suas repercussões concorrência (obrigações de *non facere*), nos termos do artigo 9.º da LCA, aplicável analogicamente ao contrato de franquia, em razão da preocupação com a proteção da clientela angariada pelo franqueado<sup>120</sup>.

A assunção de uma obrigação de não concorrência com eficácia ulterior é autónoma face ao dever de segredo e não constitui um elemento natural do contrato, carecendo, por isso, de acordo das partes, devendo assumir forma escrita, tal como sucede com qualquer limitação à livre concorrência<sup>121</sup>. Parece ser razão suficiente para a consagração de um interesse legítimo do franqueador em proteger a clientela angariada, assim como o *saber-fazer* e outros segredos comerciais, que são o coração da sua atividade (a fórmula de sucesso)<sup>122</sup>.

Discute-se a validade da adjunção de cláusulas deste tipo: em primeiro lugar, porque colide com direitos constitucionalmente protegidos, designadamente com a liberdade de escolha e exercício da profissão, tal como a liberdade de iniciativa económica (artigos 47.º, n.º1 e 61.º, n.º1 da CRP); em segundo lugar, sabe-se que o conteúdo do contrato de franquia é uma tendencial fonte de problemas para o Direito Europeu da Concorrência, na medida em que limita o direito de livre concorrência – n.º 1 do artigo 101.º do Tratado de Lisboa, que estatui a proibição de acordos restritivos de concorrência, e que surge hoje no direito nacional no n.º 1 do artigo 9.º da LC<sup>123</sup>. Uma aplicação literal e estrita destes preceitos sem as ressalvas (n.º 3 do

---

<sup>120</sup> MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de franquia*, pp. 253-256; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Industrial*, p. 324.

<sup>121</sup> LACERDA BARATA, *Sobre o contrato de agência*, 79 e 80; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, p. 341.

<sup>122</sup> Nas palavras de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, o franqueador tem legítimos interesses em “prevenir que exista, de algum modo, uma apropriação indevida de clientela da rede. (...) Findo o contrato de franquia, cessa o direito de o franquiado utilizar o saber-fazer e os sinais distintivos da rede”, em que há restituição de tudo quanto seja possível ao franqueador, acontece que a íntegra restituição do saber-fazer é intrinsecamente impossível de lhe ser devolvida, “Mas esta “restituição” nem sempre pode operar-se em condições objectivas (...) o que poderá perigosa os interesses do franquiador e de toda a rede franquiada”. Assim, “A previsão de uma obrigação de não concorrência constitui, a par de outros mecanismos, um dos mais importantes meios de preservação deste elemento” - MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, p. 290, nota 804, e p. 291 nota de rodapé 805 e da mesma autora, *Contrato de Franquia (Franchising): “O Recurso à «Desconsideração da Personalidade Jurídica» para Tutela dos Interesses do Franquiador”*, pp.30-31.

<sup>123</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, pp. 110-112 – “na realidade, a franquia assenta em “acordos verticais” entre um franquiador e uma rede de franquiados, acordos que têm por efeito organizar um fracionamento artificial do mercado” – p. 112.

artigo 101.º do Tratado de Lisboa e do artigo 10.º da LC, respetivamente) que ambos contém iria dificultar a concretização dos contratos de franquia<sup>124</sup>.

O acórdão do Tribunal das Comunidades Europeias de 28.01.1986, habitualmente conhecido como acórdão de *Pronupcia* apresenta-se como um marco no que toca à admissão de cláusulas restritivas de concorrência nos acordos de franquia, ao proclamar que além da devida ponderação casuística do contexto económico, do contrato e da cláusula, são lícitas as cláusulas que se mostrem indispensáveis a impedir que o *saber-fazer* transmitido e a assistência prestada pelo licenciante/franqueador beneficiem os seus concorrentes; assim como as cláusulas que organizem o contrato e a fiscalização de modo a preservar a identidade e reputação da sociedade licenciante. Mas são restritivas as cláusulas que impliquem a repartição do mercado ou prefixação de preços salvo verificação das exceções contidas no n.º 3 do artigo 81.º do Tratado de Roma. Este acórdão determinou os princípios que estiveram na base do (revogado) Regulamento (CEE) n.º 4087/88 de 30 de novembro, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado de Roma a determinadas categorias de acordos de franquia – conforme se vê na alínea c), do n.º 1 do artigo 3.º do referido diploma, pode ser estipulada uma obrigação de não concorrência pós cessação do contrato, desde que não exceda o período de 1 ano e se circunscreva ao território em que se explorou a franquia.

Ainda com o propósito da aplicação do n.º 3 do artigo 81.º, mas desta vez com um âmbito de foque alargado às categorias de acordos verticais e práticas concertadas – das quais fazem parte o contrato de franquia –, o Regulamento (UE) n.º 2790/1999 de 22 de dezembro dedica-lhes a alínea b) do artigo 5.º, onde se preveem as condições basilares de verificação obrigatória para que as cláusulas de obrigação de não concorrência acopladas no contratos de franquia beneficiem de isenção: dizer respeito a bens e serviços que se considerem estar em concorrência com o objeto de contrato; estar limitada às instalações e terrenos onde se desempenhou a atividade; ser indispensável para proteger o *saber-fazer* transferido e não exceder o período de um ano após a cessação do contrato.

---

<sup>124</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, p. 813.

### Capítulo III: A insolvência como causa de cessação contratual e as suas repercussões

As cláusulas de obrigação de não concorrência para proteção do *saber-fazer* mereceram, ainda, a atenção do Regulamento (UE) 330/2010 da Comissão, de 20 de abril, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE relativo a acordos verticais e práticas concertadas.

Recapitulando e resumindo – a cláusula de obrigação de não concorrência pós-contratual cairia na hipótese do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE como uma prática restritiva da concorrência. Também o n.º 3 do referido preceito prevê hipóteses de isenção individual e por categoria – nesta última, insere-se o contrato de franquia, por se tratar de um acordo vertical. Não obstante, a cláusula de obrigação de não concorrência cairia no âmbito das restrições excluídas – *vide* alínea b), n.º 1 do artigo 5.º do Regulamento (UE) n.º 330/2010. De acordo com o n.º 3 do mesmo artigo seria concedida isenção quando se estivesse perante bens ou serviços que concorrem com bens ou serviços contratuais; que a obrigação fosse limitada às instalações e terrenos onde tenha sido desempenhada a atividade; demonstre ser indispensável para proteger o *saber-fazer* e ter uma duração limitada ao período de um ano após o termo do contrato, sem prejuízo da possibilidade de ser imposta uma restrição de duração indefinida à utilização e divulgação do *saber-fazer* que não pertença ao domínio público<sup>125</sup>.

No contrato de agência, a limitação espacial do agente circunscreve-se à zona de atuação ou círculo de clientes (*vide* n.º 3 do artigo 9.º da LCA), ao passo que a limitação do franqueado se circunscreve às instalações e terrenos onde tenha desempenhado a sua atividade, pelo que tem menor amplitude. Não obstante, ainda que a limitação espacial se assuma específica, a verdade é que faz toda a diferença, visto que o franqueado realizou avultados investimentos naquelas instalações, por forma a alavancar a atividade e lhe dar continuidade<sup>126</sup>.

Do preceituado na alínea g) do artigo 13.º da LCA depreendemos que o agente tem direito a uma compensação pela obrigação de não concorrência assumida, mesmo

---

<sup>125</sup> ALBERTO RIBEIRO DE ALMEIDA, “Direitos de Propriedade Industrial e Intelectual no Contrato de Franquia”, pp. 569-570; PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, pp. 155 e ss; MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, p. 814.

<sup>126</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 153.

que não tenha sido concretamente convencionada pelas partes. Assim, ainda que as partes não estipulem uma compensação, atribui-se ao franqueado o direito a uma compensação nos termos do artigo supramencionado. A lei é omissa quanto ao valor da compensação. Para LACERDA BARATA, aplica-se por analogia o disposto no artigo 15.º da LCA que estabelece que a retribuição do agente será resultado de um cálculo que tem por base os usos, ou na sua falta, a equidade<sup>127</sup>. Por outro lado, JANUÁRIO GOMES, entende que se atende unicamente à equidade<sup>128</sup>.

Questiona-se agora o que acontecerá quando seja declarada a insolvência de um dos contratantes. A propósito do contrato de agência, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO entende que uma vez convencionada uma obrigação de não concorrência pós-contratual e na hipótese da insolvência do principal, uma vez que a compensação visa compensar o agente pelas restrições da atividade concorrencial “seria injusto recusar o direito a uma compensação”. Nestes termos, o agente deverá reclamar esse crédito no processo de insolvência de acordo com as suas regras gerais, sujeitando-se ao seu pagamento à custa das forças da massa insolvente<sup>129</sup>. Solução que faz sentido quando o franqueador mantenha a sua atividade, todavia, quando este cesse a sua atividade parece ser prudente que o franqueado não tenha de cumprir esta obrigação, dado que não haverá concorrência e, nestes termos, também não terá direito a uma compensação. Na hipótese do franqueado se declarar insolvente a obrigação de não concorrência pós-contratual mantém-se, dado que poderá recuperar a sua força empresarial através de um plano de insolvência com vista a sua recuperação, devendo ser compensado por isso.

## 2.2. A indemnização de clientela

A indemnização de clientela é uma figura específica do contrato de agência<sup>130</sup>, prevista no artigo 33.º da LCA, que atribui ao agente comercial uma indemnização

<sup>127</sup> No mesmo sentido, *vide* MARIA HELENA BRITO, *O Contrato de Agência*, p. 121.

<sup>128</sup> LACERDA BARATA, *Sobre o Contrato de Agência*, pp. 73-80; JANUÁRIO GOMES, “*Apontamentos sobre o Contrato de Agência*”, p. 28.

<sup>129</sup> Cfr. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, p. 341.

<sup>130</sup> A maior contribuição para o desenvolvimento desta enigmática figura foi a Diretiva 86/653/CEE de 18/12/1986, publicada no J.O. n.º L 383/18, de 31/12/1986, artigos 17.º e ss. A Diretiva em



Capítulo III: A insolvência como causa de cessação contratual e as suas repercussões após o termo do contrato, mediante a verificação cumulativa dos requisitos enunciados nas alíneas a), b) e c) do preceito.

Como destaca PINTO MONTEIRO, a indemnização de clientela é, no fundo, «uma compensação devida ao agente, após a cessação do contrato – seja qual for a forma por que se lhe põe termo ou o tempo por que o contrato foi celebrado (por tempo determinado ou por tempo indeterminado) e que acresce a qualquer outra indemnização a que haja lugar –, pelos benefícios de que o principal continue a auferir com a clientela angariada ou desenvolvida pelo agente. É como uma “mais valia” que este lhe proporciona, graças à atividade por si desenvolvida, na medida em que o principal continue a aproveitar-se dos frutos dessa atividade, após o termo do contrato de agência»<sup>131</sup>.

---

causa acabou por não adotar um modelo unitário, deixando ao critério dos Estados a opção entre: o modelo alemão previsto no n.º 2 que vê a indemnização de clientela como “uma compensação pelos benefícios que o principal adquire definitivamente, em resultado da atividade do agente durante o contrato, os quais justificam a atribuição de uma indemnização equitativa, baseada na média anual das remunerações auferidas pelo agente” e o modelo francês previsto no n.º 3 que vê a figura pelo prisma de uma “indemnização pelos danos causados ao agente pela extinção do contrato, resultantes da perda de comissões relativamente a contratos que se traduzem em benefícios para o principal e no não aproveitamento de despesas e custas suportados pelos agente” do artigo 17.º. Apesar de a primeira previsão legislativa do direito português em relação à indemnização de clientela ter acontecido no DL 178/86, de 3 de julho, a transposição da Diretiva só aconteceu através do DL 118/93, 13 de abril – a opção do legislador foi de encontro com o modelo germânico (n.º 2 do artigo 17.º da Diretiva). – MENEZES LEITÃO, *A Indemnização de Clientela*, pp. 24-27.

<sup>131</sup> PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, p. 142; e do mesmo autor, *Contratos de Distribuição Comercial*, pp. 152-153 e p. 161. O código alemão também se refere a ela como uma compensação (*Ausgleichsanspruch* – direito a compensação no – § 89 b do HGB).

Apesar da sua conotação como “indemnização” não se trata de uma, dado que, não se atendem aos danos sofridos pelo agente, mas sim, aos benefícios resultantes da sua atuação que se repercutirão na esfera comercial do principal. Assim, justifica-se a sua atribuição, atendendo ao enriquecimento que o principal retira da atuação do agente (fazendo mais sentido a comparação com o instituto do enriquecimento sem causa e não tanto com a responsabilidade civil, apesar de que não se trata de um verdadeiro enriquecimento, trata-se sim, de um benefício potencial. Em suma, discute-se na doutrina a natureza da figura da indemnização de clientela: há autores que sustentam o seu carácter indemnizatório; outros justificam a sua atribuição com base na antiguidade; outros concebem-na como um direito à retribuição por resultados advenientes da sua atividade que se repercutem na fase pós-contratual em termos que justificam a atribuição de uma compensação, isto é, concebem a sua natureza compensatória. Para mais desenvolvimento, *vide* MENEZES LEITÃO, *A Indemnização de Clientela*, pp. 91 e ss; LACERDA BARATA, *Sobre o Contrato de Agência*, pp. 93 e ss.; ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *Contrato de Franquia e Indemnização de Clientela*, pp. 470-477. A perspetiva compensatória é tendencialmente defendida pela doutrina maioritária – designadamente PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 125; PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, p. 142 e LACERDA BARATA, *Sobre o Contrato de Agência*, pp. 94-95.

A atribuição da indemnização de clientela encontra-se dependente da verificação cumulativa de três “requisitos *positivos* a provar pelo principal”<sup>132</sup> (n.º 1 do artigo 33.º LCA) – nomeadamente, que tenha havido um aumento de clientela ou um aumento substancial do volume de negócios que se atribua à atividade desenvolvida pelo agente (alínea a); que após a cessação do contrato, o principal venha a usufruir dos benefícios da atividade do agente (alínea b); e por fim, exige-se que não hajam atribuições patrimoniais ao agente, a título de retribuição por contratos negociados ou concluídos com clientes por si angariados, no período pós agência (alínea c). No que respeita aos benefícios que a atividade do agente possa desencadear na esfera do principal, discute-se se estes tenham de ter-se já “materializado” na esfera comercial do principal, no entanto, admite-se que basta um juízo de prognose favorável nesse sentido<sup>133</sup>. Antes mesmo da verificação dos requisitos antecedentes, é necessário que o contrato haja cessado, não relevando para estes efeitos a modalidade que lhe pôs termo<sup>134</sup>.

Sabe-se, ainda, que a indemnização de clientela acresce a qualquer outra indemnização a que o agente tenha direito (n.º1 do artigo 33.º LCA); pode em caso de morte do mesmo ser exigida pelos seus herdeiros (n.º2 do artigo 33.º LCA); não pode ser previamente afastada pelo agente comercial (artigo 809.º do CC e artigo 19.º da Diretiva 86/653/CEE); e não tem lugar no caso em que a cessação do contrato tenha sido impulsionada por razões diretamente imputáveis ao principal, ou se este tiver cedido a sua posição contratual (n.º3 do artigo 33.º LCA) – trata-se de um requisito negativo a ser provado pelo agente<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup>PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 154.

<sup>133</sup> PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, p. 143; MENEZES LEITÃO, *A Indemnização de Clientela*, p. 52.

<sup>134</sup> “A cessação do contrato aparece consequentemente como um pressuposto formal da indemnização de clientela, a par com os pressupostos materiais referidos no art. 33.º n.º1.” – MENEZES LEITÃO, *A Indemnização de Clientela*, p. 43.

<sup>135</sup> PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, pp. 145-146 e *Contratos de Distribuição Comercial*, pp. 157-158. A propósito do n.º 3 do artigo 33.º da LCA - Trata-se de uma norma que foi introduzida pelo DL n.º 118/93 sob influencia da lei alemã ( 89 b (3) do HBG). Discute-se na doutrina a natureza deste preceito atendendo-se ao facto de que estas alterações vieram acrescentar um carácter sancionatório à norma que era até então de carácter compensatório. Para PINTO MONTEIRO é discutível a questão da atribuição da indemnização de clientela quando o contrato tenha cessado por razões imputáveis ao agente, concluindo, que a cessação por causa imputável ao agente não deveria constituir fator impeditivo e decisivo da sua atribuição, atendendo que a *ratio* da norma não é sancionatória (*Contratos de Distribuição Comercial*, pp. 155-156), para além de que, com esta norma

### Capítulo III: A insolvência como causa de cessação contratual e as suas repercussões

Analisa-se de seguida a suscetibilidade de se atribuir, a partir da aplicação das regras da analogia, uma indemnização de clientela ao franqueado. E, em caso afirmativo, avaliar as repercussões da insolvência neste contexto. Esta é uma das questões mais complexas e controvertidas no contexto do contrato de franquia<sup>136</sup>. Ainda que haja inegáveis notas comuns entre os contratos, existem também peculiaridades que podem afastar a aplicação analógica da indemnização de clientela ao franqueado, daqui resultando a divergência de opiniões relativamente ao rumo a tomar.

Autores há que defendem a não atribuição em razão da assimetria entre a posição do franqueado e a posição do agente, “uma vez que os elementos de criação e fixação de clientela seriam os sinais distintivos do comércio do franqueador e não a ação do franqueado”<sup>137</sup> o qual se encontra integrado numa rede estruturada pelo franqueador, onde beneficia do *saber-fazer* e assistência, e se encontra sujeito ao controlo de tal forma eficazes que parecem ser uma mesma pessoa jurídica. Assim, não haveria qualquer clientela angariada pelo franqueado, do qual o franqueador beneficiaria no contexto pós-contratual. Nestes termos não haveria razões para a atribuição da referida indemnização de clientela. Em suma, existe um conjunto de autores que consideram a marca como único fator gerador de clientela, ao invés do que acontece no contrato de agência, cujo fator gerador de clientela é a atividade do agente comercial<sup>138</sup>.

---

reprime-se um direito fundamental do trabalhador (a livre escolha da sua profissão), assim como, também não se compagina com o princípio da livre denúncia do contrato quando este se trate de um contrato de tempo indeterminado (pp. 156-157). Em sede própria irá discernir-se acerca da suscetibilidade da insolvência do agente caber nesta hipótese.

<sup>136</sup> Cfr. PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 163, nota de rodapé 304, PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 124

<sup>137</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 126;

<sup>138</sup> MENEZES CORDEIRO, “*Autonomia versus Tipicidade Legal*”, p. 83 - “na franquia ao contrário da agência (...) , a clientela é angariada através da marca para o franquiado; as vantagens e desvantagens que tudo isso acarrete fazem parte dos riscos próprios do negócio, que as partes livremente assumiram e que a boa fé manda honrar”; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, pp. 263 e 273 - “no silêncio do contrato, ou seja, quando não esteja prevista uma indemnização pela cessação do contrato a favor do franquiado, não deve admitir-se em geral, com base na aplicação analógica da disciplina relativa à indemnização de clientela prevista para o contrato de agência, qualquer pretensão do franquiado relativa à clientela”; ANA PAULA RIBEIRO, *Contrato de Franchising*, p. 58, considera que as regras da agência não são extensíveis ao contrato de franquia; FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, p. 724 onde toma posição “inclinamo-nos decisivamente contra a extensão de tal mecanismo compensatório aos restantes contratos de

Em sentido oposto, existe outra corrente de autores que defende a aplicação analógica da indemnização de clientela ao contrato de franquia, apoiando a sua tese na valorização do trabalho desenvolvido pelo franqueado na angariação de clientela em conjunto com os sinais distintivos do franqueador<sup>139-140</sup>.

---

distribuição” que defende nas páginas seguintes. Esta também é a posição dominante em Itália – BALDI, *Il Contratto di Agenzia*, pp. 140 e ss.; e DE NOVA, *Nuovi Contratti*, p. 226 *apud* MENEZES LEITÃO, *A Indemnização de Clientela*, p. 87, nota 151; O. CAGNASSO, *Concessione di vendita e franchising*, p. 339; R. PARDOLESI, *Il contratti di distribuzione*, p. 344 *apud* FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, p. 706, nota 2174 – assim como, nos ordenamentos jurídicos francês (p. 707, nota 2177), Reino Unido (p. 708, nota 2181) e holandês (p. 708, nota 2182).

<sup>139</sup> PEREIRA BARROCAS, “O Contrato de Franchising”, pp. 157-158, entende que “o franquiado investe normalmente significativas quantias, contrata pessoal e conquista mercado em benefício de si próprio e da marca”, desempenhando um papel muito próximo do agente, sustenta ainda que a atribuição da indemnização de clientela deve ser resolvida pelo recurso às regras da boa fé dos artigos 239.º e 762.º do CC, no mesmo sentido, MARTINEK *apud* PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, p. 148; ENGRÁCIA ANTUNES, *Contratos Comerciais*, p. 457; MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, p. 811, PUPO CORREIA, *Direito da Empresa*, p. 525; LACERDA BARATA, *Anotações ao novo regime do contrato de agência*, p. 86 – 87; ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *Contrato de Franquia e Indemnização de Clientela*, p. 483 – “Concluimos, assim, pela possibilidade de aplicação analógica dos artigos 33.º e 34.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de junho ao contrato de franquia” e p. 485 – “As situações do agente e do franquiado no momento da extinção do contrato de agência e do contrato de franquia, são idênticas. Pelo que se justifica a aplicação analógica do regime da indemnização de clientela, previsto na lei do contrato de agência, ao contrato de franquia”; HELENA MAGALHÃES BOLINA, “O direito à indemnização de clientela no contrato de franquia”, pp. 221-222 - “A solução do problema poderá, assim, ser sempre encontrada por analogia com aquela disposição, uma vez que, sendo embora um contrato diferente, o próprio art. 33.º encerra, na alínea a), do seu n.º 1, o critério de ponderação. (...) A analogia com o contrato de agência não implica sempre a atribuição de uma indemnização de clientela ao franquiado, mas, precisamente, por aplicação dos requisitos previstos no aludido art. 33º, só haverá lugar a tal atribuição quando se demonstre ter sido o franquiado a causa de angariação de clientes, e não a reputação da marca.” A doutrina alemã vai neste sentido – *vide* em MENEZES LEITÃO, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Franquia*, p. 87, nota 148 e FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, p. 699, nota 2148 (principalmente, no que diz respeito à franquia de distribuição, sendo discutida quanto à franquia de produção e de serviços – notas 2149 e 2150). Este é o entendimento prevalente nos ordenamentos jurídicos: Austríaco – em que tanto os tribunais superiores e doutrina apresentam uma resposta, a este respeito, favorável – *vide*, FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, p. 706, notas 2172 e 2173. Nos ordenamentos espanhol e suíço – não existe uma tendência da doutrina e jurisprudência. E em Espanha – as opiniões dividem-se entre os que a negam totalmente e os que a admitem a título supletivo, como se pode ver na p. 709, notas 2184 e 2185.

<sup>140</sup> No mesmo sentido, a jurisprudência - Ac. STJ de 09.01.2007 (Sebastião Póvoas), Proc. 06A4416 “VII. No contrato de franquia o dano de clientela só é indemnizável se alegada e provada a contribuição determinante e notória do franqueado para aumento e fidelização de clientela do franqueador” e Ac. do TRL de 22.03.2011 (Luís Lameiras), Proc. 1807/08.6TVLSB.L1-7 (...) “VI – Não obstante ao franquiado poder ser devida uma indemnização de clientela, após a cessação da franquia, a coberto da aplicação do disposto no artigo 33º, n.º 1, do DL n.º 178/86, de 3 de Julho, esse direito é suprimido na hipótese de ter sido ele a resolver, sem fundamento e por isso ilicitamente, o contrato, pondo-lhe dessa forma fim (n.º 3, do artigo 33º citado)”. Na verdade, a generalidade das decisões dos tribunais, apontam para a aplicação da indemnização de clientela aos restantes contratos de distribuição bastando que se apure a verificação dos requisitos gerais de que depende a sua atribuição nos termos do artigo 33.º da LCA (*vide*, a este respeito, FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, p. 717);

Ainda que concorde que a clientela pode ser essencialmente atraída pelos bens proporcionados pelo franqueador (bens imateriais: marca, sinais distintivos e *saber-fazer*), COUTINHO DE ABREU não deixa de considerar como relevantes outros fatores intimamente ligados ao franqueado, designadamente a localização do estabelecimento, características pessoais e profissionais do franqueado (esforço, investimento, capital) especialmente na franquia de distribuição ou de serviços<sup>141</sup>. De facto, o esquecimento destes elementos é sobrevalorizar o papel da publicidade, que apesar de ter um forte papel na sociedade em que nos encontramos, sem a componente humana que contribui com o seu trabalho, esforço e organização não se construiria uma rede de franquia de sucesso. Apesar de reconhecer esta componente, o autor parece concluir que uma resposta definitiva esteja dependente da modalidade de franquia em consideração e do conteúdo contratual da relação que os une<sup>142</sup>.

Por sua vez, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO enaltece a importância de se determinar o proprietário da clientela, ou melhor, determinar quem detém os elementos angariadores de clientela, considerando-se os bens imateriais disponibilizados pelo franqueador (sinais distintivos) e os bens materiais disponibilizados pelo franqueado (investimento, estabelecimento, entre outros)<sup>143</sup>.

É inegável que a marca é o primeiro fator de atração de clientela e que existe um aglomerado de clientela movido pela reputação da mesma, não se afeiçoando em momento algum com o franqueado e enfim cessado o contrato, esta clientela move-se em direção a outro intermediário da rede. No entanto, existe outra corrente de clientela que se afeiçoa com a pessoa do franqueado e, uma vez cessado o contrato de franquia e não havendo uma obrigação de não concorrência com eficácia ulterior,

---

<sup>141</sup> COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade. As Empresas no Direito*, p. 65, nota 164. Apesar de reconhecer a preponderância que assume o franquizador “na formação da corrente de clientela ligada à exploração” exercida pelo franquizado, é este que “ergue ou cria o conjunto organizado de meios (...) e o põe a funcionar, assim possibilitando o surgimento de efectiva clientela (“própria” do novo estabelecimento). – COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito*, p. 63.

<sup>142</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, pp.129-130.

<sup>143</sup> MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, p. 275, e no mesmo sentido, HELENA MAGALHÃES BOLINA, “O direito à indemnização de clientela no contrato de franquia”, p. 221 - “A questão essencial a decidir é, assim, a de saber se o acréscimo de clientela de que o franquizador aproveita, findo o contrato, se deve à actividade do franquizado ou à reputação da marca.”

tendem a segui-lo<sup>144</sup>. Não obstante, deve ser valorizado que a atividade desenvolvida pelo franqueado proporciona uma projeção da marca, aumentando a sua notoriedade.

Apesar de reconhecer estes fatos, a mesma autora faz-se valer do propósito da celebração do contrato de franquia para o franqueador – a expansão do seu negócio –, o que faz através da celebração de contratos de franquia com terceiros, aos quais confia a essência do seu negócio para que estes possam beneficiar dela em proveito próprio; ao passo que, para o franqueado a celebração do negócio tem como propósito o desenvolver de uma atividade com uma certa garantia de sucesso sem acatar com os encargos de criação e desenvolvimento de uma atividade, sendo que obtém o retorno do seu trabalho através dos lucros que obtém da sua atividade. Deste modo, o franqueado sabe que com a sua atividade está a angariar clientela diretamente para si, que se repercutirá na esfera maior do franqueador. Parece ser este o elemento-chave justificativo para a autora colocar de lado a possibilidade de se atribuir uma indemnização de clientela ao franqueado<sup>145</sup>.

Na verdade, existe uma corrente intermédia que valora a ponderação do caso concreto – considerando que a indemnização de clientela possa ser atribuída ao contrato de franquia quando se demonstre casuisticamente pertinente e possível<sup>146</sup>.

PINTO MONTEIRO lança o que parece ser um critério decisório para se discernir da aptidão da aplicação analógica da indemnização de clientela ao contrato de agência, nomeadamente – o desenvolvimento de funções, cumprimento de tarefas e prestação de serviços em termos similares aos levados a cabo pelo agente em que se conclua pela sua preponderância na atração de clientela, assim como a magnitude das obrigações assumidas, o grau de inserção e integração na rede, os deveres de informação e de respeito pelas instruções a que se submete, e o tipo de natureza dos bens distribuídos – para ponderação do caso concreto. Pesados estes indícios,

---

<sup>144</sup> MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, pp. 278-282.

<sup>145</sup> MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, pp. 284-285.

<sup>146</sup> Defendem uma aplicação casuística: PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, pp. 169-170 - “Parece, em suma, dentro do duplo condicionalismo analisado, que será de atribuir ao concessionário e franqueado a indemnização de clientela prevista no art. 33.º do Decreto-Lei n.º 178/86, por aplicação analógica desta norma.”, ISABEL ALEXANDRE, “O contrato de franquia (*Franchising*)”, pp.368-369; CARLOS OLAVO, “O Contrato de *Franchising*”, p. 171 e MENEZES LEITÃO, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, pp. 79 e 89, que apesar de recusar genericamente a analogia acaba por admitir que é possível na franquia de distribuição de produtos.

Capítulo III: A insolvência como causa de cessação contratual e as suas repercussões encontra-se concluído o primeiro passo para a atribuição de uma indemnização de clientela ao franqueado<sup>147</sup>. Em suma, o autor defende a aplicação analógica da indemnização de clientela ao franqueado quando haja similitude na atividade desenvolvida.

Havendo similitude das atividades desempenhadas pelo franqueado com as desempenhadas pelo agente, é impreterível avaliar-se o cumprimento simultâneo dos pressupostos de verificação obrigatória, nomeadamente: a angariação de novos clientes<sup>148</sup> ou um aumento substancial do volume de negócios com a clientela já existente<sup>149</sup> [alínea a)], que da atividade desempenhada pelo agente/franqueado resultem benefícios, em termos marcadamente consideráveis, para o principal/franqueador após termo do contrato que justifiquem a sua atribuição<sup>150</sup> [alínea b)], e por fim, que o agente/franqueado deixe de receber contrapartidas por quaisquer contratos negociados ou concluídos com os clientes referidos na alínea a), [alínea c) do n.º1 do artigo 33.º da LCA].

Para lhe ser atribuída uma indemnização pela clientela angariada o franqueado não pode arrastar consigo a clientela que alcançou, dado que subtrairia essa mesma

---

<sup>147</sup> PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, pp. 148-149 e do mesmo Autor – *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 165 “Tudo passa, assim, num primeiro momento, por averiguar, em cada caso concreto se o distribuidor, pese embora juridicamente actue por conta própria, desempenhou *funções*, cumpriu *tarefas*, e prestou *serviços* semelhantes aos de um agente, em termos de ele próprio dever considerar-se, pela atividade que exerceu, como um relevante *factor de atração de clientela*.”

<sup>148</sup> Nesta medida, importam os clientes habituais ou fixos “é... manifesto que para efeitos de indemnização de clientela se exige uma certa estabilidade na relação com os clientes, uma vez que só esta permite assegurar a manutenção futura de relações com o principal, após o contrato de agência. Parece assim que apenas clientes habituais ou fixos são de tomar em consideração” - MENEZES LEITÃO, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, pp. 47-48; MARTINEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesion*, p. 149.

<sup>149</sup> Tem de existir um aumento substancial do volume de negócios com a clientela já existente em que “a avaliação da existência de um benefício para este em resultado da atividade do agente apenas pode ser realizada através da comparação entre o conjunto de transações ocorridas durante todo o período em que vigorou o contrato de agência em relação ao período anterior à celebração desse mesmo contrato”, seja em termos qualitativos (produtos de melhor qualidade) ou quantitativos (o cliente adquire mais quantidade) – MENEZES LEITÃO, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, pp. 50-51.

<sup>150</sup> Exige-se que o principal/franqueador venha a beneficiar-se da clientela angariada ou aumento do volume de negócios resultantes da atividade do agente/franqueado, ou seja, a clientela angariada tem efetivamente de se manifestar na esfera comercial do franqueador, de forma considerável, isto é, tem de representar um ganho de larga dimensão para o franqueador. Como se sabe, não se exige que os benefícios se façam sobressair no momento da cessação do contrato, bastando para tal um juízo de prognose do tribunal, nesse sentido, favorável.

clientela ao franqueador. Nestes termos, a não concorrência é condição necessária para se atribuir uma indemnização de clientela<sup>151</sup>.

Ainda é condição necessária que o franqueador mantenha a sua atividade. Caso a sociedade se extinga ou deixe de operar naquela zona territorial ou naquele mercado, o agente e – analogicamente – o franqueado deixam de poder exigir o seu direito à indemnização de clientela, na medida em que falta o cumprimento de um importante pressuposto de atribuição – a suscetibilidade do principal (franqueador) auferir dos benefícios resultantes da atividade do agente. Apenas nestes termos se pode considerar que o franqueador se encontra em condições para beneficiar da atividade desenvolvida pelo franqueado<sup>152</sup>.

Em suma, crê-se na atribuição analógica da indemnização de clientela ao franqueado, mediante a passagem pelo crivo do conjunto de condicionalismos explorados até então. Neste sentido, defende-se uma ponderação casuística, com voto tendencialmente favorável na franquia de serviços e de distribuição.

Em caso afirmativo, importa compreender de que forma o incidente da insolvência poderá influenciar a existência do dever de indemnização do franqueado pela atividade desenvolvida no decurso do contrato.

No que respeita à insolvência do franqueador, julga-se coesa a manutenção do dever de indemnizar o franqueado pela atividade desenvolvida – desde que aquele mantenha a sua atividade – devendo este último exigir o crédito à massa insolvente como crédito comum<sup>153</sup>. Pelo contrário, caso o franqueador cesse atividade na decorrência do processo de insolvência, não faz sentido a sua atribuição ao franqueado por falta de verificação da alínea b), do n.º1 do artigo 33.º dado que os

---

<sup>151</sup>Caso o franqueado venha a desempenhar a mesma atividade e arraste consigo clientela que angariou na execução do contrato, perde o direito à indemnização de clientela, cfr. Ac. do STJ de 21.04.2005 (Neves Ribeiro) in CJ/STJ, 2005, p. 57. PESTANA DE VASCONCELOS chega mesmo a afirmar que caso o franqueado não usufruir da clientela mas detenha condições para tal (isto é, quando não haja obrigação de concorrência) não se justifica essa indemnização – *Contrato de Franquia*, pp. 128 e 286. Não parece ser este entendimento correto, basta não usufruir da mesma.

<sup>152</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 154 e ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *Contrato de Franquia e Indemnização de Clientela*, p. 466.

<sup>153</sup> Cfr. para o contrato de agência – MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, p. 340.



Capítulo III: A insolvência como causa de cessação contratual e as suas repercussões

efeitos da sua atividade não se repercutirão na esfera comercial do franqueador, conforme o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12.05.2009<sup>154</sup>.

Na hipótese de, na decorrência do processo de insolvência, o administrador da insolvência optar pela transmissão da franquia, coloca-se a questão de saber se o dever de indemnização de clientela acompanha a transferência da franquia, e se se aloja na esfera jurídica do seu adquirente (isto é, se acompanha a marca) ou se, inversamente, se mantém na esfera jurídica do anterior franqueador – devendo, por isso, ser exigida pelo franqueado no processo de insolvência sob crédito da massa insolvente. Considerando a teleologia da indemnização de clientela – compensar o franqueado pelos benefícios que se repercutirão na franquia resultantes da sua atividade – compreende-se que a indemnização de clientela acompanha a marca, pelo que deverá ser paga pelo novo adquirente da rede de franquia, sobre o qual se repercutirão os efeitos da atividade desenvolvida pelo compensado<sup>155</sup>.

No que respeita à insolvência do franqueado, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO sustenta para o contrato de agência que, na possibilidade de o agente ser declarado insolvente, não poderá exigir do principal *in bonis* a indemnização de clientela, mas apenas o que lhe couber em sede de enriquecimento sem causa (artigos 473.º e 482.º CC). Dado que entende que a cessação do contrato é imputável ao agente nos termos do artigo 33.º, n.º 3 da LCA, em virtude da circunstância da insolvência, determina a exclusão da possibilidade de atribuição<sup>156</sup>.

Como se disse *supra* (*vide* nota 135 do presente estudo) o n.º 3 do artigo 33.º da LCA demonstra-se incongruente, na medida em que comporta um carácter sancionatório, totalmente incompatível com a índole compensatória da norma.

---

<sup>154</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12.05.2009, Processo n.º 0823347 – “I- Em contrato de agência ou representação comercial, ao agente assiste o direito, uma vez dado por findo tal contrato, a uma indemnização resultante do incremento de clientela que a sua acção possibilitou; II- Diversamente acontece em casos em que, com o fim do contrato de agência, termina também a própria actividade principal desenvolvida, que levava precisamente à existência de clientes.” – o referido acórdão poderá ser encontrado em *dgsi.pt*.

<sup>155</sup> Cfr. MENEZES LEITÃO, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, p. 63 – “face à natureza da cessão, como abrangendo a posição contratual em globo, com todos os seus elementos, incluindo a indemnização de clientela”.

<sup>156</sup> No mesmo sentido da não atribuição da indemnização de clientela ao agente quando este se encontre insolvente - MENEZES LEITÃO, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, pp. 60-61.

Todavia, a doutrina discute se a insolvência do franqueado caberá nas hipóteses de exclusão da atribuição da referida compensação. CAROLINA CUNHA sustenta que em face da distinção feita pelo ordenamento jurídico português entre insolvência fortuita e insolvência culposa (artigo 185.º e 186.º do CIRE), apenas a insolvência culposa exclui a atribuição da indemnização de clientela, constituindo um verdadeiro caso de cessação do contrato por causa imputável ao agente<sup>157</sup>. De facto, o argumento lançado pela Autora é compreensivelmente válido, no entanto, julga-se que atendendo à teleologia da norma contida no artigo 33.º da LCA, mantém-se a indemnização de clientela<sup>158</sup>.

Assim, perante a insolvência do franqueado, mediante a verificação do acervo de pressupostos, ser-lhe-á atribuída uma compensação pelos benefícios decorrentes da sua atividade.

### 2.3. O destino das existências

A problemática do destino das existências – ou *stocks*<sup>159</sup> – é outra das questões controvertidas em sede de cessação de contrato de franquia. O franqueado, no desenvolver da sua atividade, adquire a propriedade de bens/produtos acabados para posteriormente proceder à sua revenda junto do público – é o caso da franquia de distribuição; assim como, adquire bens que utiliza na prestação de serviços (franquia de serviços) ou matérias-primas que utiliza para produzir bens intermédios (franquia de produção)<sup>160</sup>.

Nestes termos, o franqueado adquire bens do franqueador ou de terceiros indicados por aquele para os usar na constância do contrato. Cessando o contrato, e perante o volume de existências, coloca-se a questão de se determinar o seu destino.

<sup>157</sup> CAROLINA CUNHA, *A Indemnização de Clientela do agente comercial*, p. 300.

<sup>158</sup> Este é também o entendimento seguido por MARTINEZ SANZ, *La indemnización de clientela en los contratos de agencia y concesion*, pp. 124-128.; MÓNICA DUQUE, “*Da indemnização de clientela no contrato de agência*”, p. 176.

<sup>159</sup> “Os stocks são reservas armazenáveis de activos corpóreos que a empresa produz, ou adquire, e detém para satisfazer necessidades básicas da sua actividade, designadamente, a venda ou a incorporação na produção.” – FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, p. 467.

<sup>160</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 138

### Capítulo III: A insolvência como causa de cessação contratual e as suas repercussões

Em primeira linha, fruto do risco assumido quando se celebra o contrato de franquia, caberá ao distribuidor escoar os bens existentes em inventário; sendo, simultaneamente, dever do franqueador propiciar as melhores condições para que este faça a liquidação das mercadorias, em razão do dever geral de colaboração que se estende para a fase de liquidação. Só não será assim quando for convencionada uma proibição que deixe o distribuidor impedido de liquidar as existências após a cessação do contrato<sup>161</sup>. Nestes casos, e na ausência de convenção contratual (que raramente acontece), surge a questão da idoneidade de nascer na esfera jurídica do franqueador um dever de retoma das existências.

Sabe-se que a assunção do risco empresarial é uma das cicatrizes mais vincadas do contrato de franquia, pelo que, à partida, iria ser negativo o desenlace deste debate. Todavia, a acumulação e a dificuldade de escoamento podem gerar grave prejuízo ao franqueado, que se vê numa frágil posição, atendendo à inevitável perda do direito ao uso dos sinais distintivos e à impossibilidade de venda dos bens detidos em inventário (fruto da assunção de obrigação de não concorrência pós-contratual ou das previsões da concorrência desleal). Para além disto, não pode desvalorizar-se a hipótese de o franqueado se ver prejudicado pela concorrência, por parte do franqueador ou de outro intermediário da rede de franquia, que se instale naquela zona geográfica ou círculo de clientes (o que acaba por ser desvirtuoso também para o franqueador e atuais distribuidores) – sobretudo, em situações em que a cessação se deve maioritariamente a comportamentos do franqueador (por exemplo, quando este exerça o seu direito de denúncia sem respeito pelo aviso prévio ou quando hajam cláusulas de compra mínima com volumes exacerbados impostos por ele), casos em que a reparação do franqueado poderá compreender a assunção de um dever de

---

<sup>161</sup> Cfr. FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, pp. 508-509.

Na verdade, como enaltece o Autor, não existe no nosso ordenamento jurídico qualquer regra que iniba o distribuidor de proceder à liquidação dos bens após a cessação do contrato – p. 497. Após o término do contrato – e na ausência de estipulação contratual em contrário – o distribuidor recupera a sua liberdade de atuação, pelo que, poderá dar o destino que melhor que convier aos bens que adquiriu e se encontram na sua posse. Assim, e na ausência de estipulação em contrário, o distribuidor detém todas as faculdades que se adquirem com a propriedade dos bens, pelo que, não se colocam problemas de incongruências com o Direito Industrial ou com a Concorrência – pp. 499-500.

retoma das existências ou que tais prejuízos possam ser atendidos na indemnização a que tem direito<sup>162</sup>.

Tendo em conta que este problema não se coloca na esfera do contrato de agência, a procura de uma resposta para este problema não passa pela admissibilidade da aplicação analógica do disposto para o contrato-matriz dos contratos de distribuição, como é simpaticamente conhecido.

No sentido de percecionar uma tendência resolutive, atenta-se agora nas soluções preconizadas no seio de alguns ordenamentos jurídicos, mormente no direito francês e no direito alemão, onde o problema tem merecido destaque, sendo, por isso, objeto de estudo.

No direito francês, vigora a tese de que após o termo do contrato o distribuidor fica impedido de escoar o inventário remanescente com base no entendimento de que se estaria perante um caso de concorrência desleal (perante o fornecedor ou perante um novo distribuidor). A doutrina inclina-se para o reconhecimento da necessidade de uma obrigação de retoma do fabricante. Contudo, os tribunais apenas pontualmente seguem o entendimento da doutrina<sup>163</sup>. Em boa verdade, são dois os entendimentos prevalentes da jurisprudência francesa – uma corrente aclama a obrigação de retoma das existências tendo em conta o carácter exclusivo do contrato; outra corrente defende a concessão de uma indemnização pelo prejuízo sofrido em virtude da não retoma das existências<sup>164</sup>.

No direito alemão, sucintamente, conclui-se pela inexistência de uma genérica obrigação de recompra das existências remanescentes justificando-se esta solução pelas características próprias do contrato. Todavia reconhecem-se três critérios determinantes para a sua atribuição, designadamente – estipulação contratual; responsabilidade contratual do fornecedor e respeito pelo princípio da boa fé<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup>Cfr. FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, pp.473-474; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, pp. 256-257.

<sup>163</sup> Cfr. FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, pp. 477-478.

<sup>164</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 140, nota 385.

<sup>165</sup> FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, p. 480.

Veja-se ainda, a tendência nos ordenamentos jurídicos italiano, espanhol, belga e suíço – no direito italiano, existe uma corrente doutrinal que, embora admita que as existências deverão ser escoados em período de pré-aviso, nos casos em que este se demonstre insuficiente e o volume de existências se deva à determinação do franqueador concebe-se a imposição de uma obrigação de recompra/retoma das existências por ponderação do artigo 1375.º do *Codice Civile*, que determina a boa fé na execução do contrato<sup>166</sup>. Alguma jurisprudência italiana entende que não existe obrigação de retoma das existências, resolvendo a questão ao conceder ao franqueado a permissão para continuar a utilizar a marca durante o tempo necessário para o escoamento dos produtos<sup>167</sup>.

Compreensão semelhante é a que prevalece no direito espanhol – em que a obrigação de retoma constitui um reflexo do dever de colaborar na liquidação do vínculo, como manifestação do princípio da boa fé. Tal é, também, a solução adoptada pelos tribunais belgas, que na ausência de estipulação contratual condenam o fornecedor a retomar as existências, fundamentando a sua opção na boa fé na execução dos contratos. Já no direito suíço – a doutrina diverge – na ausência de estipulação contratual, uns defendem que incumbe ao fornecedor uma obrigação de retoma, sendo que outros defendem precisamente o contrário<sup>168</sup>.

Importa agora compreender a tendência do direito nacional. Uma das correntes doutrinárias segue o entendimento de que só existe um dever de aquisição de existências, se e na medida em que se encontre estipulado contratualmente – esta é a linha de pensamento de PUPO CORREIA<sup>169</sup> – ou nas situações em que a cessação do contrato se deva a um comportamento faltoso do franqueador<sup>170</sup>.

---

<sup>166</sup> FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, p. 489.

<sup>167</sup> A. FRIGNANI, *apud* PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 140, nota 385.

<sup>168</sup> FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, 490-492.

<sup>169</sup> PUPO CORREIA, considera, que só existe esta obrigação quando esteja prevista contratualmente, a contrário, não existente previsão contratual a questão do destino das existências não se coloca. – PUPO CORREIA, *Direito da Empresa*, p. 541; “Na falta desta, e em princípio, não será de impor ao concedente ou ao franquidor a obrigação de retoma dos bens em stock (por ausência de base legal e/ou contratual)” – *Contratos de Distribuição Comercial*, p. 172.

<sup>170</sup> ISABEL ALEXANDRE, “O contrato de franquía (*franchising*)”, p. 370; HELENA MAGALHÃES BOLINA, “O direito à indemnização de clientela no contrato de franquía”, p. 217; MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, pp. 680.

Outra corrente doutrinal defende a existência de um dever de retoma das existências, fundando-se no princípio da boa fé<sup>171</sup>; e ainda uma corrente que assume a existência de um dever de reaquisição das existências – pela via hermenêutica ou da integração dos artigos 236.º e 239.º do CC – podendo ser imposta quando assim decorra da vontade hipotética das partes ou do princípio geral da boa fé na execução do contrato (artigo 762.º do mesmo diploma) – sendo esta a posição de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO com a ressalva de “apenas quando o franquidor seja responsável, directa ou indirectamente, pelo nível de *stocks* detido”<sup>172</sup>. Também à luz da via hermenêutica ou da integração, PINTO MONTEIRO advoga a obrigação de retoma das existências pelo integrador quando “à luz do princípio da *boa fé*, se for de concluir que tais compras teriam sido feitas sob condição resolutiva”<sup>173</sup>.

Por sua vez, PESTANA DE VASCONCELOS aponta para a necessidade de se saber quem pôs fim à relação contratual, assim como, de determinar a razão da existência dos bens em inventário e do seu volume. Seguindo esta linha de pensamento, nos casos em que haja cessação por mútuo acordo, caducidade pelo decurso do tempo, denúncia do franqueado ou resolução do contrato pelo franqueador com base no incumprimento de obrigações, a questão do destino dos bens em stock não se coloca, o que se justifica tendo em consideração que o contrato terminou por convénio dos intervenientes (no caso do mútuo acordo), ou pelo facto do franqueado, mesmo dispondo de todos os meios para uma gestão altamente eficaz, não o fez como deveria, mesmo tendo conhecimento efetivo do termo da relação contratual, ou porque ele mesmo se colocou numa situação difícil ao entrar no incumprimento das suas obrigações – sendo perfeitamente aceitável que seja ele a suportar o prejuízo que as existências lhe possam trazer<sup>174</sup>. Coloca-se, então, em

---

<sup>171</sup> HELENA BRITO, *O Contrato de Agência*, p. 241

<sup>172</sup> A autora considera que pode haver obrigação de reaquisição das existências quando o franqueador seja responsável direta ou indirectamente pelo nível de existências que se encontram na posse do franqueado, por outras palavras, quando o volume de existências seja total ou parcialmente determinado pelo franqueado, este deverá ser responsabilizado pelo volume em excesso (diferença entre as existências que adquiriu e as que deveria ter adquirido). Pois, se não foi o franqueado que determinou a quantidade de bens adquirido, não devera ser responsabilizado sozinho - apenas devendo ser responsabilizado na quantidade de um comerciante independente suportaria. - MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*, pp. 259-261.

<sup>173</sup> PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição*, p. 172.

<sup>174</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 141.

Capítulo III: A insolvência como causa de cessação contratual e as suas repercussões

cheque a existência desta indemnização no caso das restantes formas de se pôr termo ao contrato, seja pela caducidade por morte do franqueado; resolução do negócio pelo franqueado com base na falta de cumprimento das obrigações do franqueador ou resolução do contrato com base em justa causa objetiva e, por fim, no caso de denúncia do contrato pelo franqueador. O Autor defende que a questão apenas se coloca nos casos em que há no contrato uma cláusula de compra mínima, que imponha ao franqueado a compra de determinado volume de mercadorias/produtos para desempenho da sua atividade. Quando no contrato tenham sido acordadas cláusulas de compra mínima, o franqueador deve optar por recomprar as existências em stock ou permitir ao franqueado o uso dos seus sinais distintivos de comércio, pelo tempo que acharem conveniente para haver escoamento dos produtos<sup>175</sup>.

O mesmo Autor crê que deva ser uma escolha do franqueador – a opção por uma ou por outra via – em função dos seus reais interesses, tipo de franquia e tipo de bens (*vide* artigo. 543.º, n.º 2). Todavia, havendo no contrato previsão de uma cláusula de não concorrência pós-contratual, o franqueador apenas terá disponível a opção de recompra dos bens existentes<sup>176</sup>. Apresentam-se três vias aptas a sustentar esta obrigação alternativa que caberá ao franqueador: a via da integração – a partir da leitura do artigo 239.º do CC – as partes devem resolver o problema atendendo à vontade que teriam se tivessem conhecimento do facto omissio (“vontade conjectural das partes eventualmente corrigida pela boa fé quando contraria a esta”; a segunda via relaciona-se com a obrigação decorrente do dever de agir de acordo com a boa-fé imposta pelo n.º 2 do artigo 762.º do CC, que pauta a relação contratual desde o seu estado embrionário até ao seu término e pós-término); a terceira via prevê a responsabilidade contratual do franqueador, nos casos em que as existências serem vistas como dano sofrido para o franqueado que deve ser compensado pelo franqueador, tendo em conta, a impossibilidade de ser proceder reconstituição natural – artigo 564.º, n.º1 do CC<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 142.

<sup>176</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, p. 143

<sup>177</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*, pp. 145-148.

Por seu turno, FERREIRA PINTO admite que em certas situações possa fazer sentido aplicar uma obrigação de reaquisição de existências ou uma compensação pelas consequências que venha a sofrer com uma “liquidação ruínosa”<sup>178</sup>.

Efetivamente, quando há retoma das existências em inventário, dá-se uma transferência do risco de comercialização que foi assumido pelo distribuidor. O Autor admite que possa haver um dever de retomar as existências mediante a verificação de um conjunto de condições, designadamente – o volume de existências deve ter sido determinado por decisão unilateral do integrador; o risco assumido deve ultrapassar a “álea normal” inerente à atividade de um distribuidor integrado com categoria e situação equiparável; o distribuidor não tenha aceitado, voluntariamente, suportar o agravamento do risco e não esteja a receber compensação por esse acréscimo; o acúmulo de existências e a dificuldade de escoamento não seja imputável ao mesmo ou a razões não imputáveis a nenhum dos contratantes e o contrato deve ser cessado de forma discricionária por vontade do integrador. *A contrario*, encontra-se afastada a sua responsabilidade quando o volume das existências tenha sido determinada pelo distribuidor ou tenha sido convencionado pelas partes; a cessação do contrato seja promovida pelo distribuidor sem fundamento de justa causa objetiva ou subjetiva ou por circunstâncias a ele atinentes, de como é exemplo a dissolução da pessoa coletiva, assim como também não se colocará esta questão nos casos em que o volume de bens não ultrapassa o considerado “normal” em inventário após a cessação do contrato<sup>179</sup>.

Em suma, o dever de retoma das existências só fará verdadeiro sentido quando o distribuidor, após a cessação do contrato, fique impedido de liquidar as existências remanescentes do contrato. Para além disso, deve ser fundamento legitimador deste dever a boa-fé, sendo que, nos demais casos, caberá ao fornecedor optar pela reaquisição ou permitir ao franqueado a liquidação dos produtos dentro de um prazo razoável<sup>180</sup>.

Nos casos em que se admita uma obrigação de recompra das existências e havendo insolvência de uma das partes, coloca-se a questão da sua pertinência. No

---

<sup>178</sup> FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, pp. 509-510.

<sup>179</sup> FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, pp. 510-511.

<sup>180</sup> FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, p. 512.



Capítulo III: A insolvência como causa de cessação contratual e as suas repercussões

caso de insolvência do franqueador, uma obrigação de recompra iria sobrecarregá-lo atendendo à sua atual condição de insolvente, pelo que a melhor solução seria colaborar com o franqueado no sentido de o deixar escoar livremente as existências.

No caso da insolvência do franqueado, a solução mais fácil seria a cessão da sua posição contratual – que o franqueador deverá consentir de forma expressa. No caso de não enveredar por essa via, julga-se ser pertinente a obrigação de retoma devido ao dever de colaboração frutificado do princípio da boa fé adjacente em contratos desta índole.

No caso da alienação da franquia a um terceiro, parece que a solução que melhor se coaduna com os interesses das partes será a mesma quanto à solução adoptada em sede de indemnização de clientela. Assim, o dever de retoma das existências após o contrato acompanha os direitos de propriedade industrial, pelo que pode o cessionário adquirir os bens se assim entender.

## CONCLUSÕES

Face à ausência de previsão normativa quanto aos efeitos que se repercutem na esfera jurídica dos contraentes, em razão da insolvência enquanto fator desencadeante da cessação do contrato, urge a necessidade de procura de um caminho no direito interno.

1. O contrato de franquia é um contrato legalmente atípico, todavia, socialmente típico. O regime jurídico do mesmo é apurado, em primeira linha, pelo programa contratual acordado entre os contraentes. No que as partes não previrem, recorre-se aos normativos gerais da lei civil que regulam o negócio jurídico. Para mais, em virtude da heterogeneidade de conteúdos contratuais que o mesmo pode exteriorizar vigoram as diversas disposições legislativas que se demonstrem pertinentes. Todavia, no que possa ser resolvido por um único regime jurídico recorre-se ao disposto para o contrato de agência, como decorre do preâmbulo n.º 4, *in fine* da LCA. Entre os contratos existem pontos comuns, mas também dissonantes.

2. Quando um dos contraentes seja declarado insolvente surge a questão do destino do contrato. Certo é que não existe no direito interno previsão normativa quanto aos efeitos da declaração de insolvência nos acordos de franquia. Por se considerar impreterível a previsão dos efeitos que advém da declaração de insolvência, procura-se discernir acerca dos caminhos que se poderão percorrer em busca de ser encontrada a solução mais adequada ao contrato em estudo.

3. Da leitura da epígrafe do artigo 102.º do CIRE, depreende-se que o artigo compreende um princípio geral que determina a suspensão dos negócios ainda não cumpridos, colocando nas mãos do administrador da insolvência a opção pela manutenção do vínculo contratual ou pela sua recusa. Todavia, em razão do estreito âmbito de aplicação, que apenas abrange contratos sinalagmáticos em que não tenha havido cumprimento total de nenhuma das partes e obrigações de execução instantânea, conclui-se que o referido preceito não acolhe o contrato de franquia, em virtude de se tratar de um contrato duradouro de execução continuada, assim como a suspensão do contrato pode não ser a solução mais vantajosa para o contrato que, em determinados casos, beneficia mais com a sua manutenção.

### Capítulo III: A insolvência como causa de cessação contratual e as suas repercussões

4. No que diz respeito à agregação de cláusulas de resolução, de denúncia e de indemnização – ainda que seja nula a sua aposição, como se lê no n.º 1 do artigo 119.º do CIRE – o n.º 3 do mesmo artigo, confere à situação de insolvência justa causa de resolução ou de denúncia, em razão do conteúdo ou da natureza das prestações. No que respeita à natureza, relevam as prestações *intuitu personae* e, no que respeita ao conteúdo, revelam as prestações infungíveis. Nestes termos, considera-se que as partes podem lançar mão de cláusulas que atribuam um direito de denúncia ou resolução do contrato, tendo em conta que o contrato em apreço é bilateralmente *intuitu personae* e que as suas prestações são infungíveis. Deste modo, havendo diminuição da capacidade da parte insolvente em cumprir o projeto negocial, ao ponto de se gerar alguma incerteza quanto ao cumprimento do projeto como ele foi pensado e em consequência disso haver uma quebra na confiança, as partes podem denunciar ou resolver o contrato, quando tenham convencionado cláusulas nesse sentido, de forma livre, imparcial e espontânea, com o fundamento de não se encontrarem reunidas as condições que fundaram a decisão de contratar.

Na sua falta,

5. Recorre-se ao instituto da analogia. É certo que o contrato de agência é o contrato matriz dos contratos de distribuição comercial e que se aplica através da analogia, quando e na medida do necessário, ao contrato de franquias, o disposto para contrato de agência – principalmente em matéria de cessação contratual. O contrato de agência e, portanto, todos os contratos de distribuição, assim como todos os contratos de carácter duradouro, cessam pelas tradicionais formas de cessação contratual, designadamente o acordo mútuo, denúncia, caducidade e resolução.

6. Efetivamente, o (revogado) CPEREF dedicava o artigo 168.º ao contrato de agência. No mesmo, estatuiu-se que a declaração de insolvência de um dos contratantes determinava a extinção do contrato. Assim, a insolvência constituía causa de caducidade. Com a revogação do diploma, o contrato de agência caiu no esquecimento do legislador. Coloca-se, então, a questão de se saber se a insolvência poderá caber na hipótese de extinção da pessoa coletiva prevista na alínea c) do artigo 26.º da LCA. A resposta a esta questão é negativa, na medida em que entre a

declaração de insolvência e a extinção da pessoa coletiva decorrerá um certo período de tempo que terminará com o registo de liquidação. Além disso, a extinção da pessoa coletiva pode nem acontecer, em virtude da aprovação de um plano de recuperação empresarial.

7. Discute-se ainda, se a situação de insolvência poderá caber nas hipóteses de resolução previstas nas alíneas a) e b) do artigo 30.º da LCA. Conclui-se que a insolvência pode caber em ambas as hipóteses: na hipótese da alínea a) – dado que o não cumprimento de obrigações contratuais pode tornar inexigível o contrato, quando considerada a sua gravidade e reiteração. Nasce, portanto, na esfera dos contraentes um direito de resolução contratual, quando a contraparte faltar ao cumprimento das suas obrigações, grave e reiteradamente, defraudando as genuínas expectativas da contraparte e causando uma quebra na confiança na execução do projeto negocial. Na hipótese da alínea b) – tendo em conta que a declaração de insolvência pode tornar impossível o cumprimento do contrato ou prejudicar gravemente o fim contratual. Esta alínea compreende situações que impossibilitam ou comprometam com gravidade a execução do contrato em termos que deixe de ser exigida a sua continuidade, por se tornar impossível ou excessivamente onerosa, todavia, por razões não imputáveis aos contraentes. Nestes termos, quando a parte insolvente deixa de conseguir zelar pelos interesses da contraparte e, portanto, de cumprir o projeto contratual ou tornando-se a sua execução onerosa, podem as partes resolver o contato.

Com efeito, para ambas as conjecturas, deve ser provada a impossibilidade de cumprimento ou a onerosidade acrescida a que está sujeita a parte insolvente, tal como, a quebra na confiança *interpartes*, e por fim, provar-se que a resolução traz mais vantagens do que a sua continuidade.

8. A doutrina majoritária defende, para o contrato de agência, a aplicação do n.º 4 do artigo 110.º do CIRE com remissão para o n.º 1 do mesmo preceito legal, para o contrato de mandato e gestão, no qual se decreta a caducidade do contrato aquando da insolvência do principal; é diferente a solução para a situação em que o agente é a parte insolvente, em que aplicaria o disposto do artigo 111.º e no n.º 2 do artigo 114.º para o contrato de prestação duradoura de serviços. No que diz respeito à solução

Capítulo III: A insolvência como causa de cessação contratual e as suas repercussões

preceituada para a insolvência do principal e, portanto, franqueador, conclui-se que a caducidade pode, em muitos casos, não ser vantajosa para o contrato de franquia pois determinaria o fim da relação contratual, sem direitos para o franqueado, quando a sua manutenção poderia trazer inúmeros benefícios para a massa insolvente e credores, assim como para todos os envolvidos.

9. Em virtude das notas de prestação duradora de serviços que se denotam no contrato em estudo, conclui-se que em caso de insolvência de uma das partes nasceria na esfera jurídica dos contratantes (administrador da insolvência e contraente *in bonis*) um direito de denunciar o contrato – artigo 111.º e n.º 2 do artigo 114.º do CIRE. Nesta medida, as partes poderiam livremente denunciar o contrato, quando julgassem ser esse o melhor futuro do contrato.

10. Em síntese, os contratos de franquia podem cessar em virtude de ter sido convencionada pelas partes uma cláusula de resolução ou de denúncia nos termos no n.º 3 do artigo 119.º do CIRE; recorrendo-se à analogia, crê-se que as partes possam resolver o contrato quando se verifiquem as condições basilares para aplicação da alínea a) e b) do artigo 30.º da LCA, e por fim, recorrendo-se à analogia com o estipulado para os contratos que tenham por objeto uma prestação de serviço duradouro, nos artigos 111.º e n.º 2 do artigo 114.º do CIRE, as partes adquirem um direito de denunciar o contrato.

11. Com a cessação do contrato extingue-se uma relação obrigacional complexa. Porém, existem obrigações que se mantêm *post pactum finitum*, de como é exemplo o dever de agir com honestidade e probidade – dever que acompanha o contrato desde o seu estado embrionário até à fase ulterior do mesmo, assim como, outros deveres laterais que radicam na boa fé e tem grande aceitabilidade no seio dos contratos de cooperação, onde o dever de lealdade se encontra profundamente enraizado. Todavia, podem ainda emergir outros direitos e deveres do contrato, tais como: dever de cooperação na liquidação; deveres de restituição de bens fornecidos durante o contrato; dever de segredo ou reserva; obrigação de não concorrência pós-contratual, assim como, o direito à indemnização de clientela ou o dever de retomar as existências remanescentes, alguns destes previstos para o contrato de agência.

12. Da cessação do contrato de franquia, em primeira linha, resulta a cessação das licenças de exploração de direitos de propriedade industrial concedidas pelo franqueador, assim como, a autorização para utilizar o saber-fazer transmitido pelo mesmo. Nestes termos, franqueado perde o direito de uso dos sinais distintivos do comércio, do saber-fazer e até do estabelecimento, que se encontra intrinsecamente ligado ao contrato.

13. No que diz respeito ao destino do estabelecimento, por estar absolutamente vinculado aos bens imateriais proporcionados pelo franqueador, não pode haver trespasse sem os mesmos. Nestes termos, só poderá haver trespasse de estabelecimento na medida em que for transmitida a posição contratual do franqueado, para a qual é imprescindível a autorização do franqueador. Encontrando-se o franqueador em insolvência – caso este opte pela alienação na rede de franquia – à partida, o contrato mantém-se inalterado. No entanto, na hipótese da não alienação da rede de franquia e uma vez findo o contrato, o franqueador deverá permitir ao franqueado a venda dos elementos que componham o estabelecimento e que não periguem com a eventual continuidade da atividade desempenhado pelo franqueador. Na situação em que o franqueado seja declarado insolvente, deve o franqueador em virtude do dever de cooperação na liquidação autorizar o trespasse do estabelecimento.

14. O dever de segredo, previsto no artigo 8.º da LCA, para o contrato de agência, decorre naturalmente do contrato, em razão do fluxo de informações com valor patrimonial que circulam no contrato de franquia, sendo que, também é muito comum a assunção de cláusulas de confidencialidade com vista à proteção da técnica empresarial movida pelo franqueador. Nos casos em que o franqueador se encontra insolvente, importa compreender se este cessou a atividade ou se a manteve em virtude da aprovação de um plano de recuperação. Quando tenha mantido a atividade, o franqueado deve cumprir a obrigação de confidencialidade a que está vinculado. Inversamente, quando tenha cessado a atividade, conclui-se que não existem motivos suficientes que obstem à sua utilização, quando não exista cláusula de confidencialidade delimitadora do período contratual a que está vinculado. Por outro

Capítulo III: A insolvência como causa de cessação contratual e as suas repercussões

lado, verificando-se a insolvência do franqueado, é certo que este se mantém adstrito ao seu cumprimento, enquanto as informações não se tornarem de domínio público.

15. No que diz respeito à obrigação de não concorrência pós-contratual, prevista no artigo 9.º da LCA para o contrato de agência, conclui-se que se o franqueador insolvente mantiver a atividade, o franqueado deve cumprir a obrigação sem reservas, devendo ser compensado por isso. Não obstante, caso o franqueador cesse a atividade em razão da insolvência, não há motivos para que o franqueado cumpra esta obrigação de não concorrência, salvo convenção nesse sentido. Na hipótese em que franqueado se encontre insolvente, continuará adstrito à obrigação assumida, tendo em conta que poderá ser recuperada a sua força empresarial em virtude da aprovação de um plano de recuperação empresarial, devendo, por isso, ser compensado pela obrigação de não concorrência pós-contratual.

16. No que diz respeito à indemnização de clientela, em primeira linha, conclui-se que a mesma se atribui ao franqueado, tendo em conta que se deve valorar a atividade desempenhada pelo mesmo na angariação de clientela e, por conseguinte, na expansão do negócio, em conjunto com os sinais distintivo e mediante a verificação dos requisitos das alíneas a), b) e c) do artigo 33.º da LCA, designadamente, a angariação de novos clientes ou o aumento substancial do volume de negócios; que da atividade desempenhada pelo franqueado resultem benefícios consideráveis para a esfera jurídica do franqueador que justifiquem a sua atribuição; e que o franqueado deixe de receber quaisquer contrapartidas pelos contratos negociados no exercício da atividade. O franqueado deve, ainda, abster-se de concorrer com o franqueador e o último deve manter a atividade. Enfim, crê-se na atribuição analógica da indemnização de clientela ao franqueado, mediante a passagem pelo crivo dos condicionalismos enunciados até então. Em suma, defende-se a atribuição da indemnização de clientela ao franqueado, a partir de uma ponderação casuística, com voto tendencialmente favorável para a franquia de serviços e de distribuição. Coloca-se, enfim, a questão de se saber de que forma este direito se exterioriza quando tenha sido decretada a insolvência de uma das partes. No que respeita à insolvência do franqueador julga-se coesa a manutenção do dever de indemnizar o franqueado pela atividade desenvolvida, desde que o primeiro mantenha a atividade, devendo o último exigir o

crédito à massa insolvente na forma de crédito comum. Pelo inverso, caso o franqueador cesse a atividade não faz sentido a sua atribuição dado que o franqueador não irá beneficiar dela. E, na hipótese em que o franqueado opte pela alienação da franquia, conclui-se que o dever de indemnizar acompanha a marca, atendendo-se à teleologia da norma, que visa compensar o franqueado pelos benefícios que se repercutirão na esfera comercial do franqueador enquanto detentor da rede de franquia e por conseguinte dos bens imateriais que a suportam, assim, a indemnização de clientela deverá ser paga pelo adquirente da rede de franquia sobre o qual se sentirão os benefícios da atividade desempenhada pelo franqueado. No que respeita à insolvência do franqueado, importa afastar a possibilidade da insolvência se integrar no n.º 3 do artigo 33.º da LCA – que afasta a indemnização de clientela quando o contrato cesse por causa imputável ao agente. Todavia, em virtude da teleologia da norma – que não é sancionatória, mas sim, compensatória pelos benefícios que se repercutirão, mantém-se o direito de receber a indemnização de clientela.

17. Coloca-se, por fim, a questão do destino dos bens remanescentes em inventário. Este problema não se discute em sede de contrato de agência e é uma situação raramente convencionada nos contratos de franquia. A questão central funda-se na existência, ou não, de um dever de recompra do franqueador, que apenas urge quando o franqueado se encontre impedido de liquidar as existências em virtude de uma convenção nesse sentido, sendo que, nos demais casos caberá ao franqueador optar entre a reaquisição ou permitir ao franqueado a liquidação de produtos. Quando tenha sido declarada insolvência do franqueador, uma obrigação de recompra iria sobrecarregá-lo, pelo que a melhor solução seria a de permitir ao franqueado o escoamento das existências. No caso da insolvência do franqueado, a solução mais simples para as partes seria a cessão da posição contratual do franqueado, não sendo esse o intuito das partes, faz sentido falar-se aqui de uma obrigação de recompra, fruto do dever de colaboração na liquidação, com radicação na boa-fé. Quando o franqueador opte pela alienação da franquia, se cair sobre ele uma obrigação de recompra, crê-se que o dever de retoma das existências acompanha a franquia, pelo que deve o cessionário adquirir os bens.



## ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

### § ALBUQUERQUE MATOS, Filipe

- “Os efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso”, in: CATARINA SERRA (coord.), *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 35 e ss. (FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, “*Os efeitos da insolvência sobre os negócios em curso*”)

### § BALDI, Roberto

- *Il Contratto di Agenzia*, Quarta Edizione, Milano, Giuffrè Editore, 1987 (ROBERTO BALDI, *Il Contratto di Agenzia*)

### § BRITO, MARIA HELENA

- *O Contrato de Agência*, in «Novas Perspectivas do Direito Comercial», Almedina, Coimbra, 1988 (MARIA HELENA BRITO, *O Contrato de Agência*)

### § CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal

- *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2016 (CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e da Responsabilidade Civil*)

### § CARVALHO, Maria Miguel

- “Contratos de Transmissão e de Licença de Marca”, pp. 477 e ss, **Org.** FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos/ GONÇALVES, Luís Couto/ TRABUCO, Cláudia in *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, 2011 (MARIA MIGUEL CARVALHO, “*Contratos de Transmissão e de Licença de Marca*”)

### § CASSIANO DOS SANTOS, Filipe

- *Direito Comercial Português*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2017 (CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*)

§ **COUTINHO DE ABREU**, Jorge

- *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito.*, Coimbra, Almedina, 1999 (COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito*)

§ **CUNHA**, Carolina

- *A Indemnização de Clientela do Agente Comercial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003 (CAROLINA CUNHA, *A Indemnização de Clientela do Agente comercial*)

§ **DIAS PEREIRA**, Alexandre Libório

- “*Da Franquia de Empresa [‘Franchising’]*”, Estudos no Curso de Mestrado, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXIII, *Separata*, Coimbra, 1997, pp. 251-278 (ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “*Da franquia de empresa*”)

§ **DUQUE**, Mónica

- *Da indemnização de clientela no contrato de agência*, Dissertação de mestrado não publicada, Coimbra, 1997 (MÓNICA DUQUE, *Da indemnização de clientela no contrato de agência*)

§ **ENGRÁCIA ANTUNES**, José A.

- *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2009 (ENGRÁCIA ANTUNES, *Contratos Comerciais*)

§ **FERNANDES**, Luís A. Carvalho/ **LABAREDA**, João

- Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência Anotado, 2.<sup>a</sup> Ed. revista e aumentada, Lisboa, Quid Juris, 1995 (LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *CPEREF Anotado*)

§ **FERREIRA DE ALMEIDA**, Carlos

– “Contratos de Propriedade Intelectual. Uma Síntese”, **Org.** FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos/ GONÇALVES, Luís Couto/ TRABUCO, Cláudia in *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, 2011 (CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “*Contratos de Propriedade Intelectual. Uma Síntese*”)

§ **FERREIRA PINTO**, Fernando A.

– *Contratos de Distribuição - Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013 (FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*)

§ **FIGUEIREDO DIAS**, Maria Gabriela de Oliveira

– *A assistência técnica nos contratos de know-how*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995 (M. G. DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DIAS, *A assistência técnica nos contratos de know-how*)

§ **BAPTISTA MACHADO**, João

– “Denúncia-modificação” de um contrato de agência”, RLJ ano 120.º, p. 185 (BAPTISTA MACHADO, “«Denúncia-modificação» de um contrato de agência”)

– “Pressupostos de resolução por incumprimento”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro*, vol. II, Coimbra, p. 356 (BAPTISTA MACHADO, “*Pressupostos de resolução por incumprimento*”)

§ **JANUÁRIO GOMES**, Manuel

– “Apontamentos sobre o Contrato de Agência”, in: «*Tribuna da Justiça*», n.º3, 1990 (JANUÁRIO GOMES, “*Apontamentos sobre o Contrato de Agência*”)

§ **LACERDA BARATA**, Carlos

– *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*, Lisboa, LEX Edições Jurídicas, 1994 (LACERDA BARATA, *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*)

– *Sobre o Contrato de Agência*, Coimbra, Almedina, 1991, (LACERDA BARATA, *Sobre o Contrato de Agência*)

§ **MAGALHÃES BOLINA**, Helena

- “O direito à indemnização de clientela no contrato de franquia”, in *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa*, n.º 21, Lisboa, 1997 (HELENA MAGALHÃES BOLINA, “O direito à indemnização de clientela no contrato de franquia”)

§ **MARTINEZ SANZ**, Fernando

- *La indemnización por clientela en los Contratos de Agencia y Concesion*, Madrid, Editorial Civitas, 1998 (MARTINEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los Contratos de Agencia y Concesion*).

§ **MENEZES CORDEIRO**, António

- *Direito Comercial* – 4.<sup>a</sup> Ed., Coimbra, Almedina, 2016 (MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*)
- “Do Contrato de Franquia (Franchising): Autonomia versus Tipicidade Negocial”, ROA, Ano 48 (1988), pp. 63 ss. (MENEZES CORDEIRO, “Autonomia versus Tipicidade Negocial”)
- “Da pós-eficácia das obrigações”, DJ, vol. II, Lisboa, 1984 (MENEZES CORDEIRO, “Da pós-eficácia das obrigações”)

§ **MENEZES LEITÃO**, Luís Manuel Teles de

- *Direito da Insolvência*, 8.<sup>a</sup> Ed., Coimbra, Almedina, 2018 (MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*)
- *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, 6.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 2012 (MENEZES LEITÃO, *CIRE Anotado*)
- “A (in)admissibilidade da insolvência como fundamento de resolução de contratos”, in *III Congresso de Direito da insolvência*, CATARINA SERRA (coord.), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 89 a 101 (MENEZES LEITÃO, “A (in)admissibilidade da insolvência como fundamento de resolução de contratos”)
- *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, Coimbra, Almedina, 2006 (MENEZES LEITÃO, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*)

§ **MOURA VICENTE**, Dário

- “Proteção do *know-how*, segredos de negócio e Direito Intelectual” in *Revista de Direito Intelectual*, N.º2, pp. 91 a 124, Coimbra, Almedina, 2018 (DÁRIO MOURA VICENTE, “Proteção do *know-how*, segredos de negócio e Direito Intelectual”)

§ **OLAVO**, Carlos

- “O Contrato de *Franchising*”, in *Novas Perspetivas do Direito Comercial*, FDL, CEJ, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 159-174 (CARLOS OLAVO, “O Contrato de *Franchising*”)

§ **OLIVEIRA ALEXANDRE**, Isabel Maria de

- “O contrato de franquia (*franchising*)”, in *O Direito*, ano 123, Tomo II e III, 1991, pp. 319-383 (ISABEL ALEXANDRE, “O contrato de franquia [*franchising*]”)

§ **OLIVEIRA ASCENSÃO**, José de

- “Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso”, trabalho destinado aos Estudos em Memória do Prof. Doutor António Luciano de Sousa Franco, in: *Direito e Justiça*, vol. XIX, Tomo II, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Universidade Católica Editora, Lisboa 2005, pp. 233 e ss. (OLIVEIRA ASCENSÃO, “Efeitos sobre os negócios em curso”)
- “Os efeitos da falência sobre a pessoa e negócios do falido” – *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 55 – III – Lisboa, dezembro, 1995, pp. 642 a 688. (OLIVEIRA ASCENSÃO, “Os efeitos da falência sobre a pessoa e negócios do falido”)
- *Direito Comercial, Direito Industrial*, Vol. II, Lisboa, 1994 (OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Industrial*)

§ **PAIS DE VASCONCELOS**, Pedro

- *Contratos Atípicos*, 2.<sup>a</sup> Ed., Coimbra, Almedina, 2009 (PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*)

§ **PEREIRA BARROCAS**, M. Pereira

- “O Contrato de *Franchising*”, *ROA*, ano 49, 1989 pp. 127 a 168. (PEREIRA BARROCAS, “O Contrato de *Franchising*”)

§ **PESTANA DE VASCONCELOS**, L. Miguel

- *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2010 (PESTANA DE VASCONCELOS, *Contrato de Franquia*)
- “O novo regime insolvencial da compra e venda”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, III, 2006 (PESTANA DE VASCONCELOS, “O novo regime insolvencial da compra e venda”)

§ **PINTO MONTEIRO**, António

- *Contratos de Distribuição Comercial*, 3.ª Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2009 (PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*)
- *Contrato de Agência*, 8.ª Ed. atualizada, Coimbra, Almedina, 2017 (PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*)
- “Contrato de Agência (Anteprojecto)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 360, 1986, pp. 43-139. (PINTO MONTEIRO, “Contrato de Agência (Anteprojecto)”)

§ **PRATA**, Ana/ **CARVALHO**, Jorge Morais/ **SIMÕES**, Rui

- *Código da Insolvência e da Recuperação e de Empresas Anotado* – Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, Coimbra, Almedina, 2013 (ANA PRATA/ JORGE MORAIS CARVALHO/ RUI SIMÕES, *CIRE Anotado*)

§ **PUPO CORREIA**, Miguel J. A.

- *Direito Comercial, Direito da Empresa*, 12.ª Ed., Lisboa, Ediforum, 2011 (PUPO CORREIA, *Direito da Empresa*)

§ **RIBEIRO**, Ana Paula

- *O Contrato de Franquia (franchising) no Direito Interno e Internacional*, Tempus Editores, 1994 (ANA PAULA RIBEIRO, *Contrato de Franchising*)

§ **RIBEIRO**, Maria de Fátima

- *O Contrato de Franquia (Franchising)*, Coimbra, Almedina, 2001 (MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia*)
- “Contrato de Franquia (Franchising): O Recurso à «Desconsideração da Personalidade Jurídica» para Tutela dos Interesses do Franquiador, Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 22.06.2009, Proc. 1201/09”, *CDP*, n.º 35, 2011 (MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “*Contrato de Franquia (Franchising): O Recurso à «Desconsideração da Personalidade Jurídica» para Tutela dos Interesses do Franquiador*”)

§ **RIBEIRO DE ALMEIDA**, Alberto

- “Direitos de Propriedade Industrial e de Propriedade Intelectual no Contrato de Franquia”, pp. 549 a 572, **Org.** FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos/ GONÇALVES, Luís Couto/ TRABUCO, Cláudia, in *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, 2011 (ALBERTO RIBEIRO DE ALMEIDA, “*Direitos de Propriedade Industrial e de Propriedade Intelectual no Contrato de Franquia*”)

§ **ROMANO MARTINEZ**, Pedro

- *Contratos em Especial*, 2.ª Ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 1996 (ROMANO MARTINEZ, *Contratos em Especial*)
- *Contratos Comerciais – Apontamentos*, 1.ª Ed., Cascais, Principia, 2001 (ROMANO MARTINEZ, *Contratos Comerciais*)
- *Da Cessação do Contrato*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2006

§ **ROSÁRIO EPIFÂNIO**, Maria do

- *Manual de Direito da Insolvência*, 6.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2014 (MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*)
- Os Efeitos Substantivos da Falência, Universidade Católica – Porto, Coimbra Editora, 2000 (MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os Efeitos Substantivos da Falência*)

§ **SERRA**, Catarina

- *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2018 (CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*)
- *O Regime Português da Insolvência*, 5.<sup>a</sup> Ed, Coimbra, Almedina, 2012 (CATARINA SERRA, *O Regime Português da Insolvência*)

§ **SOVERAL MARTINS**, Alexandre de

- *Um Curso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2015 (SOVERAL MARTINS, *Curso de Direito da Insolvência*)

§ **VAZ DE SEQUEIRA**, Elsa

- *Contrato de Franquia e Indemnização de Clientela*, Universidade Católica Editora, 2002 (ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *Contrato de Franquia e Indemnização de Clientela*)



## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
------------------------	----------

### **CAPÍTULO I: O CONTRATO DE FRANQUIA**

<b>1. CONSIDERAÇÕES GERAIS.....</b>	<b>2</b>
1.1. Noção de contrato de franquia .....	2
1.2. Raízes históricas .....	3
1.3. O contrato de franquia como contrato de distribuição .....	5
1.4. Modalidades de franquia .....	7
<b>2. REGIME JURÍDICO.....</b>	<b>8</b>
<b>3. CONTEÚDO DO CONTRATO .....</b>	<b>11</b>
3.1. Benefícios emergentes da celebração do contrato.....	12
3.2. Direitos e obrigações emergentes do contrato.....	13
<b>4. TRAÇOS CARACTERÍSTICOS E ELEMENTOS ESSENCIAIS.....</b>	<b>16</b>
4.1. Traços característicos.....	16
4.2. Elementos essenciais .....	19
<b>5. DEFINIÇÃO DE CONTRATO DE FRANQUIA.....</b>	<b>21</b>

### **CAPÍTULO II: EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA NOS NEGÓCIOS DE FRANQUIA**

<b>1. OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA NOS NEGÓCIOS EM CURSO À LUZ DO CIRE.....</b>	<b>23</b>
<b>2. A (IN)EXISTÊNCIA DE TUTELA JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS E A PROCURA DE UMA SOLUÇÃO.....</b>	<b>29</b>
2.1. Idoneidade da aplicação da regra geral – o artigo 102.º do CIRE.....	29
2.2. As cláusulas ipso facto e o artigo 119.º do CIRE .....	31
2.3. O recurso à analogia .....	33

### **CAPÍTULO III: A INSOLVÊNCIA COMO CAUSA DE CESSAÇÃO CONTRATUAL E AS SUAS REPERCUSSÕES**

<b>1. A ADMISSIBILIDADE DA INSOLVÊNCIA COMO CAUSA DE CESSAÇÃO CONTRATUAL.....</b>	<b>43</b>
<b>2. AS REPERCUSSÕES DA INSOLVÊNCIA SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA CESSAÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA .....</b>	<b>44</b>
2.1. Cessação dos direitos de propriedade intelectual e obrigações assumidas .....	46
2.1.1. Cessação de direitos de propriedade intelectual e industrial.....	46
i) Dever de confidencialidade .....	48
ii) Obrigação de não concorrência post pactum finitum .....	50
2.2. A indemnização de clientela .....	54
2.3. O destino das existências .....	64
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>72</b>
<b>ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO .....</b>	<b>79</b>